

هَيَاتُ الْمَطْلَبِ

فِي دَرَايَةِ الْمَذْهَبِ

لِلْإِمَامِ الْحَرَمِيِّ

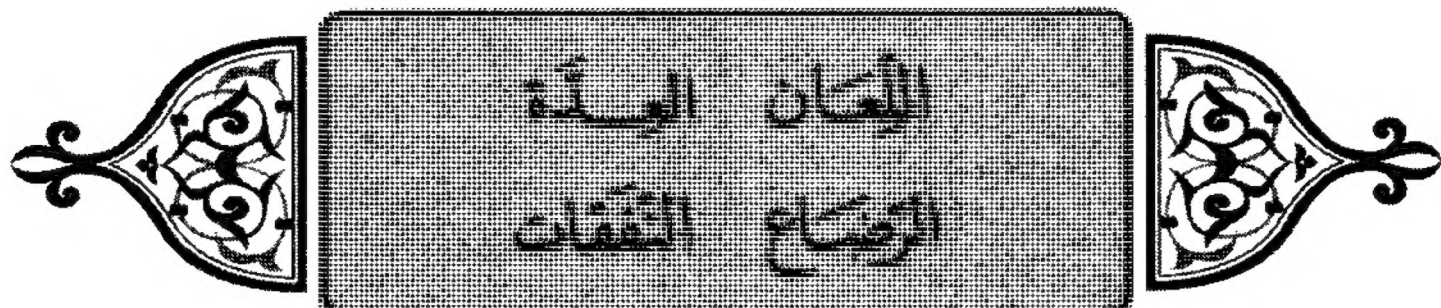
عَبْدُ الْمَلِكِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُوسُفَ الْجَوَيْنِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

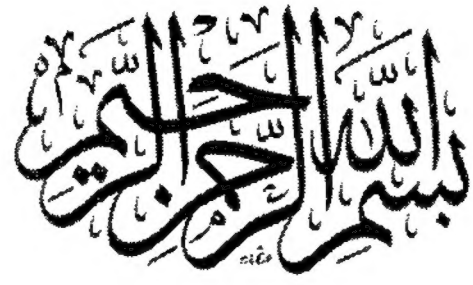
(٤١٩ - ٤٧٨ هـ)

مَقَقَّةٌ وَصَنَعَهَا رَسْمُهُ

أ.د. عَبْدُ الْعَظِيمِ مُحَمَّدُ الدَّيْبِ



دَارُ الْمَنَاجِدِ



الطبعة الأولى

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

جميع الحقوق محفوظة للناسر

دار المنهاج للنشر والتوزيع

جدة - هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ - فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ - المكتبة ٦٣٢٢٤٧١

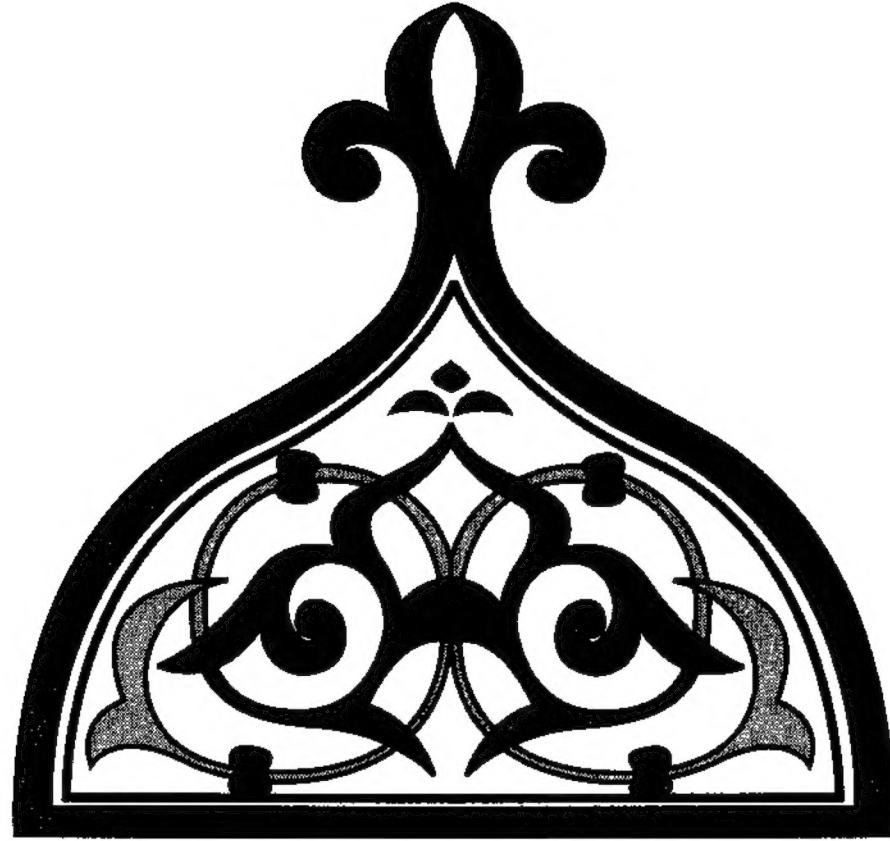
تَنْبِيْهَانِ

أَوَّلًا :

هَذَا الْكِتَابُ بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ أَلْفُ عَامٍ تَقْرِيْبًا ، فَإِذَا رَأَيْتَ مِنْ
ظَوَاهِرِ اللُّغَةِ وَالْأَسَالِيْبِ غَيْرَ مَا لَوْفِكَ وَمَعْمُودِكَ ، فَلَا تُحَاوِلْ
أَنْ تَحْمِلَ لُغَتَهُ عَلَى لُغَتِكَ ، وَلَا تُسَارِعْ بِحَمْلِ ذَلِكَ عَلَى الْخَطَأِ
وَسَهْوِ الْمَحَقِّقِ وَتَقْصِيْرِهِ ، فَهَذِهِ هِيَ لُغَةُ عَصْرِهِمْ ، وَهَكَذَا
أُسْلُوبُهُمْ ، وَهُوَ صَحِيْحٌ سَلِيْمٌ ، وَإِنْ لَمْ يَعُدْ مَا لَوْفًا لَدَيْنَا
وَمُسْتَعْمَلًا عِنْدَنَا وَلَا جَارِيًا عَلَى السِّنَتَيْنَا .

ثَانِيًا :

إِبْرَاءٌ لِلذِّمَّةِ ، وَخُرُوجًا عَنِ الْعُهُدَةِ نُذَبِّهَ :
أَنَّ بَرْنَاجَ الصَّفِّ اسْتَحَالَ عَلَيْهِ كِتَابَةُ الْهَمْزَةِ الْمُتَطَرِّفَةِ الْمَكْسُورِ
مَاقِلَهَا عَلَى الْيَاءِ ، مِثْلُ : قَارِيٌّ ، يُجْزِيٌّ . فَتَنْبَهُ لِدَٰلِكَ .



الموفق من يهتدي إلى المأخذ الأعلى، فإن مذهب إمامنا
الشافعي تدواره على الأصول، ومأخذ الشريعة.

الإمام
في نهاية المطلب



كِتَابُ اللَّعْنِ

٩٦١٣- اللعان عبارة عن الكلمة المذكورة في كتاب الله تعالى من قوله سبحانه : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [النور : ٦-٩] وسميت الكلمة لعاناً لاشتغالها على اللعن ، وإنما وقعت التسمية به ، وهو أقل الكلام ؛ لأنه غريب في مقام الشهادات والأيمان ، والشيء يشهر بالغريب الواقع فيه ، وعلى ذلك جرى معظم تسميات سور القرآن ، ولم تقع التسمية بالغضب ؛ لأن الأصل كلام الزوج ، وقد ثبت دون لعانها .

والأصل في مضمون الكتاب قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ [النور : ٦-٩] نزلت في عويمر بن مالك العجلاني / ، وقيل : هلال بن أمية رمى زوجته بشريك بن سحماء ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لتأتين بأربعة شهداء ، أو يُجلد ظهرك » ، فاغتم به ، وقال : « أرجو أن ينزل الله في قرآن يبريء ظهري » فنزلت الآية ، فأمرهما النبي صلى الله عليه وسلم باللعان فتلاعنا ^(١) ، وحكم بالفرقة بينهما ونفى الولد .

واللعان في ظاهر القرآن مرتب على أن لا يجد الزوج بيّنة على تحقيق زناها ؛ فإنه عز من قائل قال : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ [النور : ٦] وهذا الترتيب عرفناه في منازل البينات من نص القرآن .

فكان هذا خارجاً على ذلك المذهب ، وإن لم يكن شرطاً ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] ثم شهادة الرجل والمرأتين مقبولة مع التمكن من إقامة شهادة رجلين ، فكان قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢]

(١) قصة لعان عويمر العجلاني متفق عليها من حديث سهل بن سعد (البخاري : الطلاق ، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان رقم ٥٣٠٨ ، مسلم : اللعان رقم ١٤٩٢) .

محمولاً على اتفاق شهادة رجلين ، والتقدير : إن لم يتفق شهادة رجلين ، فشهادة رجل وامرأتين .

٩٦١٤- ثم أول ما نصدر به الكتاب أن الرجل إذا قذف زوجته وسوَّغنا له أن يلاعن على ما سيأتي تفصيل ذلك في مسائل الكتاب ، فلسنا نقول : اللعان من موجبات القذف ، بل موجب القذف الحدّ أو التعزير ، ولكن لو قذف الرجل أجنبية ، فلا نخلّصه من القذف إلا ببيّنة على زناها ، أو على إقرارها بالزنا ، وقد تُنشىء الإقرار فيتخلّص .

وإذا قذف الرجل زوجته المحصنة ، فما ذكرناه من المخلّص في حق الأجنبية ثابت في حق الزوج ، وله مُخلّص آخر ضمّاً إلى تلك الجهات ، وهو اللعان ، فقد أثبت الشرع اللعان مُخلّصاً للزوج يليق بحالة الضرورة ، فإن المرأة إذا لطّخت فراشه وتحقق ذلك عند الزوج ، فلو صمت وسكت ، لا طرد العار ، وقد [يلحقه] ^(١) نسب متعرض للثبوت وهو في علم الله تعالى منفيّ ، فخصه الشرع بمخلّص ، والرجل على الجملة مبرأ عن التهمة في قذف زوجته هزلاً من غير علم أو ظن غالب .

ثم اللعان يضاهي البيّنة ويشابهها في رد الحد عن القاذف وإثبات الزنا عليها ، وله مزية على البيّنة ؛ فإنه يتضمن قضايا لا تناط بالبيّنة واحدة منها ، وهي نفى الولد ، ووقوع الفرقة ، وتأبّد التحريم .

وإذا ضمّنا خصائص اللعان إلى ما يساوي اللعان فيه البيّنة قلنا : ما يتعلق باللعان خمس خصال : درء الحد عن الزوج ، ووجوب الحد عليها إلا أن تلتعن ، ويلتحق بهذا نفى الولد ، ووقوع الفرقة ، وتأبّد التحريم .

وأبو حنيفة ^(٢) يجعل اللعان موجب القذف ، ويقضي بأنه عقوبة ، وهو بالإضافة إلى قذف الزوجة كحدّ القذف بالإضافة إلى قذف الأجنبي .

فهذا تأسيس الكتاب في ماهية اللعان .

(١) في النسختين : يلحق .

(٢) ر . المبسوط : ٣٩/٧ ، بدائع الصنائع : ٢٣٧/٣ ، فتح القدير : ١١١/٤ ، اللباب :

٩٦١٥- ومما يُجريه العلماء في ذكر حقيقة اللعان أن أصحاب أبي حنيفة يدعون أن اللعان شهادة ، وأصحابنا يقولون : اللعان يمين ، والمنصف من أصحابنا يقول : في اللعان شوب اليمين والشهادة ، فأما شوب اليمين ، فأصدق شاهد فيه صدر اللعان عمّن هو في مقام الخصومة وهو يحاول تصديق نفسه ، ولا يتصور هذا في مساق الشهادات ، ثم يثبت في اللعان من أحكام الشهادة قضية واحدة ، وهي أن الزوج / إذا ١٧٥ ش لم يلتعن ، ونكل ، ثم رغب فأراد اللعان ، فله ذلك ، كما لو لم يُقم المدعي ببينة ، ثم أراد إقامتها ، وليس كاليمين في هذه القضية ، فإن من نكل عن اليمين ، ثم رغب فيها ، لم يُمكن من الحلف .

فَصْلٌ

قال : « وفي ذلك دلالة أن ليس على الزوج أن يلتعن حتى تطلب المقدوفة حقها . . . إلى آخره »^(١) .

٩٦١٦- الزوج إذا أراد أن يلتعن ، فلا يخلو : إما أن يكون ثمّ ولد يُريد أن ينفيه ، وإما أن لا يكون ، فإن لم يكن له ولد ، نظر : فإن كان القذف يوجب حداً على الزوج لو لم يلتعن ، فله أن يلتعن وتنتفي العقوبة ، ثم تثبت سائر قضايا اللعان ، كما ذكرنا جُمْلَها ، وسيأتي تفصيلها .

وإن كان موجب القذف التعزير ، فسيأتي ذلك مشروحاً ، إن شاء الله .

وإن كان لا تتوجه العقوبة عليه بسبب عفوها ، أو تصديقها إياه ، أو بسبب قيام البيّنة على زناها ، فلو أراد أن يلتعن والحالة هذه ، فهل له ذلك ؟ فعلى وجهين : أحدهما - ليس له ذلك ؛ إذ لا ولد ، ولا عقوبة ، فإن أراد الخلاص منها ، فالطلاق ممكن .

والوجه الثاني - له أن يلاعن ؛ ليرد العار^(٢) عليها ؛ مجازياً إياها ؛ إذ لطخت فراشه .

(١) ر . المختصر : ١٤٣/٤ .

(٢) (ت ٢) : اللعان .

٩٦١٧- ثم قال : « ولما لم يخص الله أحداً من الأزواج . . . إلى آخره »^(١) .

غرض الفصل بيان من هو من أهل اللعان .

عندنا كل من كان من أهل الطلاق ، فهو من أهل اللعان ، وإن أردنا الضبط بأمرٍ
أخصّ قلنا : من كان من أهل استيجاب الحد بالقذف ، كان من أهل اللعان ، وإن
قلنا : كلُّ مكلف ملتزم ، فكل هذه العبارات جائزة ، فالحر ، والعبد ، والذمي ،
والمسلم ، مستوون .

ثم [إن]^(٢) تفاوتوا في أقدار الحدّ ، فلا تفاوت في اللعان أصلاً وتفصيلاً .

وأبو حنيفة^(٣) يقول : من لا يكون من أهل الشهادة ، فليس من أهل اللعان ،
وأخرج العبد ، والذمي ، والمحدود في القذف ، ولم يُثبت لهما اللعان . وناقض في
المُعْلَن بالفسق^(٤) ، وحكم بانعقاد النكاح بحضور محدودين ، وإن كان النكاح
لا ينعقد إلا بحضور من هو من أهل الشهادة .

ومعتمد مذهبنا أن اللعان حجة خاصة أثبتت للضرورة ، فهي لائحة بكل مضطر ،
فمن أراد أن يحمل اللعان على مرتبة الشهادة مع أن الملاعن يُثبت دعوى نفسه ، فليس
على مُسْكَةٍ من البصيرة .

ثم إن الشافعي رضي الله عنه رأى اللعان حجة نادرة ، فبنى أصلها على كتاب الله ،
وليس في الكتاب فصلٌ بين [زوج وزوج]^(٥) ، ولكن اللعان فيه معلق بالرّمي فمن كان
من أهل الرّمي ، فليكن من أهل اللعان .

٩٦١٨- ثم قال : « وسواء قال : زنت أو رأيته تزني . . . إلى آخره »^(٦) .

(١) ر . المختصر : ١٤٣/٤ .

(٢) (٢) : ثم فإن تفاوتوا . وفي الأصل : ثم وإن تفاوتوا .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٥٠٠/٢ مسألة ١٠٤٥ ، المبسوط : ٣٩/٧-٤١ ، مختصر
الطحاوي : ٢١٥ .

(٤) ر . رؤوس المسائل : ٣٧٢ مسألة ٢٤٨ ، الغرة المنيفة ١٣٥ ، إيثار الإنصاف : ١٥١ .

(٥) في النسختين : الزوج والزوجة . والمثبت تصرف من المحقق على ضوء السياق .

(٦) ر . المختصر : ١٤٣/٤ .

أراد بهذا الرد على مالك^(١) ؛ فإنه قال : يختص اللعان ببعض صيغ القذف ، وأجرى الشافعي هذا على الرمي المطلق المذكور في كتاب الله تعالى من غير اختصاص .

ثم إنا نذكر بعد هذا أصليين يتعين على الناظر الاهتمام بهما ؛ فإنهما يجريان من الكتاب مجرى الأسس والقاعدة : أحدهما - يشتمل على بيان اللعان/ حيث يجوز التسبب ١٧٦ ي إليه ولا ولد .

والآخر - يشتمل على ذكر التسبب إلى اللعان وثم ولد يريد الزوج نفيه .

٩٦١٩- فأما إذا لم يكن ولد ، فالغرض أن نبين أنه متى يجوز للزوج أن يقذف ليلاعن ، ومتى يحرم عليه ذلك .

فنقول : إذا رآها تزني ، فلا شك أن له أن يقذفها ويلتعن ، وكذلك لو سمع رؤية الفاحشة ممن يثق به - سواء كان من أهل الشهادة أو لم يكن إذا كان موثقاً به - فله التعويل عند حصول الثقة على قوله المجرد .

ولو استفاض في الناس أن فلاناً يزني بفلانة ، واتفق أنه رآه معها في الدار ، فاجتمعت الاستفاضة والرؤية في الدار على ريبة ، فاجتماعهما بمثابة السماع من موثق به [يخبر عن]^(٢) معاينة الفاحشة .

والاستفاضة التي أطلقناها أردنا بها أن يلهج الناس بذلك ، وليس فيهم من يخبر عن عيان نفسه ، ولو ثبتت الاستفاضة ، ولم يُرَ معها على ريبة ، فلا يجوز له أن يعول على مجرد ذلك ؛ فإنهم قد يلهجون بكلام مستنده سماع من كاذب ، ولو تجردت رؤيته الذي معها في الدار ، فلا يجوز له أن يعول على ذلك ؛ فإن هذا قد يكون ابتداء الأمر ، وربما كان الرجل طالبها وهي أبية .

هذا ما ذكره العراقيون ، والقاضي رحمه الله .

(١) ر . الإشراف : ٧٨٢/٢ مسألة ١٤٥٣ ، عيون المجالس : ١٢٩٥/٣ مسألة ٩٠٤ ، حاشية العدوي ١٠٠/٢ .

(٢) في الأصل : مخبر على .

٩٦٢٠- والقول الجامع في ذلك أن ما ذكرناه على مراتب : المرتبة العليا فيه - إذا عاين ، وهذا يورث اليقين ، فيجوز إقامة الشهادة بمثله ، فلا خفاء بجواز القذف والحالة هذه ، ولا حاجة إلى أن يقيم شهوداً على زناها ؛ فإنه عز من قائل قال : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ [النور : ٦] فوضع اللعان حيث لا شهود^(١) ، ثم الغالب أن الشهود لا يطلعون ، وهذه الفاحشة تهيأ لها خلوات : قد يطلع الزوج على بعضها ، فلو توقف الأمر على اطلاع الأجانب ، لعظم العار ، وظهر الضرر ، وعسر استدراكه .

وإذا لم يعاين فجواز القذف جارٍ أيضاً ؛ فإن الغالب تحفظ المرأة عن زوجها ، ولعل تصوّنها عنه يُبرّر^(٢) على تصوّنها على الأجانب ، فوقع الاكتفاء بظن غالب ، مستند إلى أمانة لائحة ، أظهرها إخبار موثوق به عن العيان .

ثم الاستفاضة [مع أنا لا نجد مخبراً عن عيان نفسه]^(٣) لا تقوى^(٤) ؛ فإن المطاعن كثيرة في البراء ؛ فإذا انضم [إليها]^(٥) رؤية رجل معها على ريبة ، ثبتت العلامة ، ومجرد الاستخلاء مرة لا يورث الاستفاضة في الناس .

والذي أراه أن الزوج لو رآها على استخلاء مراراً في محالّ الريبة ، فهذا بمثابة انضمام الاستفاضة إلى الرؤية مرة ، ولو رأى الرجل [معها]^(٦) في شعار على النعت المكروه ، ولم ير عياناً من كل ما تتحمل الشهادة به على الزنا ، فهذا أقوى من جميع ما قدمناه .

فهذا هو الأصل المرعي في الباب .

(١) (ت ٢) : حيث لا يكون شهود .

(٢) يُبرّر : يقال : أبرّ على القوم غلبهم (معجم) . والمعنى هنا يزيد تصوّنها من زوجها على تصوّنها من الأجانب .

(٣) في الأصل : « مع أنا لا نجد يخبر عن عيان نفسه » وفي ت : « مع أنا نجد مخبراً عن عيان نفسه » والمثبت من تصرف المحقق . وما بين المعقفين جملة معترضة .

(٤) لا تقوى : خبر لقوله : ثم الاستفاضة . فالمعنى أن الاستفاضة لا تقوى وحدها مع عدم وجود مخبر يخبر عن عيان نفسه .

(٥) في النسختين : إليه .

(٦) زيادة من (ت ٢) .

٩٦٢١- ثم حيث يجوز القذف لا نوجهه ، بل نجوّزه ، ونؤثر لذي الدين^(١) ألا يقذف ويستتر ، ولا تُستحب مصابرةً مسافحةً ؛ فإنه تعريض الفراش للتضمخ^(٢) ، بل الأولى أن يخلي سبيلها .

ورب أصل ظاهر يخوض فيه الخائضون - وهو بديعة الشرع - ولا يتفطنون [لسره . ف]^(٣) الزوج يصرح بقذفها على تهمة ، والقذف في نفسه / كبيرة موجبة للحد ، ١٧٦ ش [والطلاق]^(٤) ممكن - وقد يفرض هذا ولا ولد^(٥) - وهذا بعيد ، مع أنه [جعل ليصدق]^(٦) نفسه^(٧) وكان يتفاقم^(٨) الأمر لو كان تجب العقوبة عليها وجوباً لا تجد لها دارئاً ، فأثبت الشرع دارئاً من جهتها .

ثم العار في طرد العرف من زنا المرأة يرجع على الرجل ، ولن يغضب الرجل ويجشم^(٩) بأمر أعظم من نسبة أهله إلى فاحشة ، وهذه الخصلة تمنعه من القذف من غير ثبت . هذا موضوع اللعن .

-
- (١) (ت ٢) لذي الزنا ألا يقذف ويستتر .
 (٢) (ت ٢) : فإنه يفرض للفراش في التضمخ .
 (٣) زيادة من المحقق حيث اضطرب نص النسختين معاً ، فجاءت نسخة الأصل هكذا : « وهو بديعة الشرع ولا يتفطنون الزوج يصرح بقذفها على تهمة ، والقذف في نفسه كبيرة . . . إلخ » . وفي نسخة (ت ٢) : « وهو ربعة الشرع ولا يتفطنون الزوج يصرح بقذفها على تهمة . . . إلخ » .
 (٤) في الأصل : فالطلاق ، والمثبت من (ت ٢) .
 (٥) ولا ولد : هذا ترجيح وتأکید لما أثره للزوج من عدم القذف ، فالمفارقة بالطلاق ممكنة ، ولا ولد يحتاج لنفيه .
 (٦) في الأصل : جعل مصدق نفسه ، و (ت ٢) : جهل يصدق .
 (٧) العبارة مضطربة لما فيها من سقط وتصحيف . ولعل المعنى : إن الأولى للزوج أن يفارقها بالطلاق ، بدلاً من القذف واللعان ما لم يكن هناك ولد ، أما أن يلاعن ولا ولد فهذا بعيد عن سر الأصل الذي قدمه وبدائع الشرع ، ومع أن اللعان جعل سبيلاً للزوج ليصدق نفسه ، فقد كان يتفاقم الأمر لو لم يكن لها وسيلة لدرء الحد . . . هذا والله أعلم .
 (٨) (ت ٢) : يتقاحم .
 (٩) يجشم : من جشم يجشم (باب تعب) الأمر إذا تحمله على مشقة (المعجم والمصباح) .

والذي ذكرناه بيان القذف ولا ولد .

٩٦٢٢- فأما إذا كان على الفراش ولد ، والزوج يبغي نفيه ، فهذا الأصل يترتب ويتفصل على مراتب أيضاً : فإن استيقن الرجل أن الولد ليس منه بأن علم أنه ما وطئها قط منذ نكحها ، فإذا أتت بالولد لزمان إمكان العلوق ، فللزوج أن ينفي الولد ، بل حق عليه أن ينفيه .

وهذا القسم يتميز في بعض صورته عن القسم الأول بما أشرنا إليه ، وذلك أنا قلنا : يجب عليه أن ينفي إذا استيقن أن الولد ليس منه ، ولا يحل للإنسان أن يستلحق دعياً ، كما لا يحل له أن ينفي نسباً .

وفي القلب من هذا شيء ، وهو أن النفي إذا كان لا يتأتى إلا باللعان ، فيجيب اللعان والتعرض للفضيحة الكبرى على رؤوس الأشهاد صعباً ، وربما يكون الإنسان بحيث لا تطاوعه النفس على احتمال ذلك ، والذي أطلقه الأئمة من المنع من استلحاق الدعي فيه إذا اعتمد استلحاق دعي قصداً ، فأما إذا ألحق الفراش به نسباً وهو ساكت ، فليست أرى إيجاب النفي باللعان مذهباً مقطوعاً به .

ويلتحق بهذه المرتبة ما لو كان يغشاها ، ولكنها أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت النكاح ، فالقطع قائم ، كما ذكرناه ، ومن هذا القسم ما لو وطئها ، فأنت بالولد من وقت الوطء لأكثر من أربع سنين ، والجامع بمسائل^(١) هذا القسم حصول الاستيقان في انتفاء المولود .

والذي أطلقه العراقيون والقاضي وجوب القذف واللعان .

٩٦٢٣- ومن^(٢) مراتب المسألة أن لا يستيقن الزوج الانتفاء ، وهذا ينقسم أقساماً نأتي بها على صيغ المسائل : فلو وطئها الزوج ، فأنت بالولد لستة أشهر فصاعداً من يوم الوطء في النكاح ، ولم يستبرئها بعد الوطء بحيضة ، فأنت بالولد للزمان الذي

(١) (ت ٢) : المسائل .

(٢) هذه هي المرتبة الثانية .

وصفناه^(١) ، فليس للزوج والحالة هذه أن يقذف ويلاعن ؛ فإن كون المولود منه ظاهر الإمكان ، حتى لو جرى الأمر كما ذكرنا ، ورآها الزوج على الزنا بعد وطئه إياها أو قبل وطئه والاستبراء ، فلا سبيل إلى نفي الولد .

ثم إذا ذكرنا هذا في معاينة الزنا ، فما الظن بالتهم والأمارات التي وصفناها ؟ والحاصل في ذلك أنه إذا لم يَجْر استبراءً بعد وطئه ، وأتت بولد لزمانٍ يمكن أن يكون منه ، فلا سبيل إلى نفي الولد ؛ فإن العلوق من الزنا إن كان ممكناً ، فالعلوق من وطء الزوج ممكن أيضاً ، [ولا مُرَجَّحَ ،]^(٢) وقد أمرنا بإلحاق الولد/ بالفراش ، فلا يجوز ١٧٧ ي التهجم على نفي الولد بالإمكان ، ولو فرض تساوي الإمكان حيث لا ولد ، لما جاز القذف .

ثم هذا الذي ذكرناه بين في نفي الولد .

والذي ذكره العراقيون والقاضي أنه لا يقذف ولا يلاعن ، ويعترض على هذا إشكالٌ وهو أن الولد إن كان لا يجوز نفيه ، فالمنع من القذف واللعان لماذا ؟ وقد علمنا أن القذف جائز حيث لا ولد ، وذكرنا اختلافاً في جواز القذف حيث لا حد ، ولا تعزير ، فالمنع من القذف واللعان في هذا المقام بعيد عن القياس .

٩٦٢٤- ونحن [نُجْرِي]^(٣) بعد هذا شيئين - أحدهما - أن ما ذكره الأصحاب جرى منهم على وفاق ؛ من حيث حصروا نظرهم ، وردّوا فكرهم إلى الولد ، ثم أجزوا نفي القذف واللعان على مقصودهم ، [فالمراة]^(٤) لا تُقذف ، ولا يُلاعن لينفي الولد ، فإن كان كذلك ، فالأمر منتظم .

[فإن أرادوا]^(٥) بهذا أنه إذا لحق النسب ، فلا سبيل إلى اللعان ، فلست أرى لهذا

(١) (ت ٢) : لسته أشهر فصاعداً .

(٢) في النسختين ، ولا يرجع .

(٣) في الأصل : « نُخَمِّن » بكل وضوح : نون ، فحاء ، فميمٌ مشددة ، فنون . والمثبت من (ت ٢) .

(٤) في الأصل : « فالمراد » والمثبت من (ت ٢) .

(٥) في الأصل ، وكذا في (ت ٢) : « فأرادوا » والمثبت تقدير منا صدقته (صفوة المذهب) .

وجهاً ؛ إلا أن يقول قائل على بعدٍ : تأكّد الفراش بالنسب اللاحق ، [وإنما]^(١) يجوز قطع النكاح حيث لا ولد ؛ حذاراً من ولد سيكون ، مع تضمخ المرأة بالفاحشة ، فإذا وقع ما يُحذر توقُّعاً ، فالأصل أن لا لعان .

هذا وجه ذلك ، ولم أذكر هذا إلا وظني غالبٌ في أنهم أرادوا المنع من القذف حيث يلحق النسب ، فإنك^(٢) لا ترى مسألة في اللعان وفيها نسب متعرض للثبوت ، ثم إنه يلحق واللعان يجري ، فكأن اللعان حجة ضرورة لقطع النسب ، وهو الأصل ؛ [فإنه]^(٣) الضرورة الحاقة ، أو هو لقطع فراشٍ تلطخ بفاحشة الزنا .

وهذا لا يستقيم تعليله .

٩٦٢٥- صورة أخرى : إذا استبرأها الزوج بحيضة بعد ما وطئها ، ثم أتت بولد بعد الاستبراء لزمانٍ يمكن أن يكون العلوق به بعد الاستبراء ، فكيف سبيل النسب ، وهل يجوز اللعان ؟

ما حَصَلَتْهُ من طرق الأئمة وجهان صريحان ، وفي كلام الأئمة ما يدل فحواه على ثالث : أحدها - أنه لا يحرم القذف واللعان والنفي ؛ فإن الاستبراء السابق أمانة دالة على [أن]^(٤) الولد ليس من الزوج ، والدليل عليه أن وطء السيد أمته يلحق نسب المولود الذي تأتي الأمة به لزمان الاحتمال بالسيد ، ولو استبرأها بعد الوطء ، انتفى النسب .

هذا كذلك في ملك اليمين ، وفراش النكاح أقوى ، فجوّز للزوج أن يُقدم على النفي باللعان بما ينتفي بعينه النسب في ملك اليمين ، ثم إذا ظهر جواز النفي ، كان جواز النفي ، أقوى أمانة في جواز القذف ، وهو أبين من الاستفاضة ورؤية الرجل من المرأة على ريبة .

(١) في الأصل : فإنما .

(٢) (ت ٢) : فإنك ترى مسألة في اللعان وفيها تسبب يعرض للثبوت ، ثم إنه يلحق واللعان يجري مكان اللعان حجة ضرورة لقطع التسبب وهو الأصل فإنه الضرورة الحاقة . . . إلخ .

(٣) في الأصل : فإن .

(٤) زيادة من (ت ٢) .

وقال^(١) العراقيون : إن استبرأها ، ولم يجر بعد الاستبراء زناً ، ولا تهمةً يسلط مثلها على القذف حيث لا ولد ، فلا سبيل إلى النفي ، فإن جرى بعد الاستبراء زناً أو تهمة تسلط على القذف ، فينفي النسب ، ويُقدم على القذف .

والوجه الثالث - الذي ذكرته آتي به تفريعاً - فأما من لم يشترط بعد الاستبراء سفاحاً ، فقد قطع قوله بأنه لا يجب النفي ، بل يجوز ، ولما فصل العراقيون بين أن يجري بعد الاستبراء زناً أو تهمة ، وبين أن لا يجري ، قالوا : إن لم يجر ، لم يجز / ١٧٧ ش النفي ، وإن جرى ، وجب النفي ، وإيجاب النفي قد لا يتجه مع إمكان العلوق من الزوج - وهذا هو المسلك الثالث - كيف وقد قدّمت في صدر الفصل أن إيجاب اللعان التّهذّف للشهرة والفضيحة مشكّل حيث يستيقن أن الولد ليس منه ، فكيف إذا كان للاحتمال مساغ ، واللحوق على الجملة أغلب في الشرع في فراش النكاح [من]^(٢) النفي .

فهذا حاصل الكلام في هذا الطرف .

٩٦٢٦- ومما ذكره القاضي أن المرأة لو جاءت بالولد ، وهو شديد الشبه برجل ، فلو أراد التعويل على الشبه في النفي باللعان المسبوق بالقذف ، لم يجد إليه سبيلاً . ولو انضم إلى الشبه تهمةً يسلط مثلها على القذف لو لم يكن ولد ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن النفي جائز ؛ تعويلاً على الشبه والتهمة ، حيث لم يجر استبراء فاصلاً ، وذلك أن الشبه والتهمة ، أو عيان الزنا إذا اجتمعا ، كانت دالتهما أظهر من دلالة دم [تراه]^(٣) المرأة ، مع العلم أن الحامل قد ترى دماً ، وإنما الخلاف في أن ما تراه هل يكون حيضاً أم لا .

وذكر العراقيون أمراً بدعاً ، فقالوا : لو كان الزوج والزوجة على نعت [شديد]^(٤)

(١) هذا هو الوجه الثاني من الثلاثة الموعودة .

(٢) في النسختين : في .

(٣) في النسختين : ترى .

(٤) زيادة من (ت ٢) .

البياض ، فأتت المرأة بالولد أسود ينأى لونه عن لون الوالدين نأياً بعيداً ، فهل يجوز التعويل على ذلك ؟ قالوا : في المسألة وجهان : ولم يقيّدوا كلامهم بانضمام الزنا أو التهمة الظاهرة ، إلى ما ذكرناه .

وظني بهم أنهم أرادوا ما ذكروه مع الزنا أو ظهور أماراة الزنا ، وإذا كان كذلك ، فهو في معنى الشبه ، وإن كان يُحمل لونه البعيد على عرق نازع من أحد الجانبين ، فمثل ذلك ممكن في الشبه ؛ فإنّ الأجانب قد يتشابهون ، وتلقى مشابهة شخص على شخص ، وتعرّضنا فيما ذكرناه للون ؛ إذ لا اعتبار بغيره من الخلق ، فقد تلد حسنى من أحسن الناس خلقاً ولداً مشوه الخلق ، وقد تأتى به ناقص الخلق . فأما اللون البعيد ، فهو الذي يثير غلبة الظن في انتفاء الولد .

ولو قرب اللون ، فلا أثر له ، كالأذمة والسمرة ، والشقرة القريبة بالإضافة إلى البياض في الأبوين ، فهذا كتفاوت الخلق .

وقد انتجز الأصلان الموعودان جرياً على أبلغ وجه في البيان ، نقلاً [عن] (١)

الثقة ، وتنبهاً على محال الإشكال .

٩٦٢٧- ثم الذي نحب اختتام الفصل به أن تعويل الشرع في ظاهره على إلحاق النسب بمجرد العلوق في النكاح ، وإن بعد ، حتى إذا فرض الإتيان بالولد لسته أشهر فصاعداً من وقت النكاح ، لحق النسب ، وإن لم تُزف الزوجة إلى الزوج ، إذا كان التقاؤهما ممكناً . وإن لم يكن إمكان أصلاً ، لم يلحق النسب ، وقال أبو حنيفة (٢) : يكفي أن يمضي من النكاح مدة الإمكان ، وإن قطعنا بامتناع العلوق من الزوج ، بأن يكون أحدهما في الشرق والآخر في الغرب .

هذا حكم الشرع ، وللزوج أن ينفي بالوجوه التي ذكرناها في الأصل الثاني ، ثم ي ١٧٨ الشرع لا يحتكم عليه بأن يبين تلك الأسباب التي بانت له ، بل هو مؤاخذ برعايتها/ بينه

(١) في الأصل : على .

(٢) ر . حاشية ابن عابدين : ٥٥١ / ٣ ، فتح القدير : ٣١٤ / ٢ .

وبين الله ، وليس كذلك اللوثُ المعتبرُ في القسامة ؛ فإنه ما لم يظهر للقاضي لا يبدأ في اليمين بالمدعي ، وذلك أن تيك الدعوى على صورة الدعاوى في الخصومات ، والقاضي لا يبدأ في اليمين^(١) إلا بمن يستمسك بشيء يغلب على الظن صدقه ، وهذا المعنى إنما يحصل إذا ظهر اللوث عنده .

فصلك

قال : « ولو جاءت بحملٍ وزوجها صبيٌّ دون العشر . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٦٢٨- تفصيل القول في السن التي تحيض عليه الصغيرة فتبلغ مما قدمناه في كتاب الحيض ، وأعدنا طرفاً منه في كتاب الحَجَر ، وكذلك القول في أقل الأسنان التي يُفرض احتلامُ الغلمان فيه مما قدمته .

والتي تمس الحاجة إلى إعادته في هذا الفصل سنُّ البلوغ في الغلام ، فنقول : إذا استكمل عشرًا ، احتمل العلوق بعده قطعاً ، ولو فرض انفصالُ مادة الزرع في العَشر قبل استكمالها العاشرة ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن ذلك لا يكون بلوغاً . والثاني - أنه يكون بلوغاً .

ثم من قال : يُتصور البلوغ في السنة العاشرة ، اختلفوا : فمنهم من ذهب إلى أن الإتيان بالولد ينبغي أن يكون والغلام ابنُ العشر ، حتى يُقدَّر البلوغ في أثناء السنة .

ومنهم من قال : يجوز أن [يحتلم]^(٣) على مُنْقَرَضِ التاسعة ، فتأتي الزوجة بالولد لسته أشهر ، فيلحقه الولد وهو ابن تسع سنين وستة أشهر .

وحكى بعض المصنفين أنه يجوز أن يُفرض بلوغه في خلال السنة التاسعة ، وقد ذهب كثير من الأصحاب إليه في حيض الصغيرة ، وهو غريب في الغلمان جداً ، وإن اشتهر في الصبية .

(١) (في) : تأتي مرادفة لـ (الباء) .

(٢) ر . المختصر : ٤٤ / ٤ .

(٣) في الأصل : يحتمل .

فهذا حاصل الاختلاف في أقل سن يبلغ الغلام فيه .

٩٦٢٩- ونعود بعد ذلك إلى التصريح بمقصود الفصل .

فإذا قبل الأب نكاح امرأة لابنه الطفل ، ثم استكمل عشراً ، ومضى بعد العشر ستة أشهر ، فأنت زوجته بالولد ، وزعمت أنه منه ، فالولد يلحقه ؛ فإن احتمال الاحتلام على منقراض السنة العاشرة ممكن غير مدفوع باتفاق الأصحاب ، وإن أتت بالولد عند انقراض السنة العاشرة ، فهذا يخرج على الخلاف في أن احتلامه هل يمكن في خلال السنة العاشرة .

ولو أتت بالولد عند الطعن في العاشرة ، فالمذهب أن الولد لا يلحق ، وفيه الوجه البعيد الذي حكيته عن بعض المصنفين .

٩٦٣٠- ومما يليق بتمام الفصل أن المرأة إذا أتت بالولد وهو ابن عشر ، والتفريع على اللحق في هذه الصورة ، فلو لم يسبق منه ادعاء الصبي ، فأراد وقد حق الأمر أن يلتعن ، وزعم أنه بالغ ، فله أن يلتعن ، فإن القول قوله فيما يتعلق بهذا المعنى .

ولو قال : أنا صبي وأراد أن يلتعن ، لم يكن له ذلك ؛ فإن الصبا يمنع الالتعان ، فالجمع بين دعوى الصبا وبين الالتعان متناقض ، ولو ادعى الصبا ، ثم قال : كذبت فيما قلت ، وإنما أنا بالغ ، فألتعن ، فله ذلك ؛ فإن كذبه لا يمنع من الاعتراف بالاحتلام ؛ فإن الإنسان لا يؤخذ بما سبق منه في صباه ، فإن كان صبياً إذ قال : أنا صبي ، فقله لغو ، ولا مطلع على الصبا/ بقوله ، وإن كان بالغاً ، فيجب تصحيح اللعان منه ، وقبول قوله الثاني .

وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنه إذا أكذب نفسه فيما قدّمه من دعوى الصبا لا يُقبل ذلك منه ، ووجه القبول أن يدّعي أنني بلغت بعد هذا ، فإن ادعى ذلك ، قبل منه ؛ فإن احتمال الاحتلام مقترن بكل حال ، ولا يمتنع أن يكون صادقاً في ذكر الصبا ، وهو صادق الآن في طريان الاحتلام .

فَصْلُهُ

قال : « ولو كان بالغاً محبوباً . . . إلى آخره »^(١) .

٩٦٣١- لا خلاف بين الأصحاب والعلماء الذين نعرفهم أن الممسوح يَنْكِحُ ويصح نكاحه ، فإذا بان ذلك فيه ، فما^(٢) الظن بالخَصِيّ والمحبوب ، فإذا أتت امرأة واحد من هؤلاء بولد [فالنصوص]^(٣) مضطربة والطرق على حسبها مختلفة .

والذي تحصل هاهنا في ترتيب المذهب أن الرجل إذا كان محبوباً ، وبقيت خُصيتاه ، فيلحقه النسب ؛ فإن الماء كائن في الفطرة ، وأوعية المني باقية ببقاء الأنثيين ، وليس الذكر إلا آلة مزرقة توصل المني إلى الرحم ، وفوات التزريق لا يمنع إمكان الاحتلام ، وربما يصل الماء إلى الرحم من غير إيلاج .

ولو قطعت خُصيتاه وبقي ذكره ، فالذي رأيت للمحققين من الأصحاب أن النسب يلحقه أيضاً ، ولا حاجة إلى مراجعة أهل الطب في أنه هل يولد لمثله أم لا ، ولا نبالي بنفيهم ، وإن قالوا : قطع الخُصيتين يمنع إمكان الولد ؛ لأن فيهما أوعية المني والقوة المُحيلة للدم العبيط إلى المني الأبيض الثخين^(٤) الدقاق .

وقال بعض المصنفين : يُرجع إلى قول أهل الخبرة والأطباء في ذلك ، فإن قالوا : لا يولد للخَصِيّ ، لم يُلحق به ، وإن قالوا : يولد للخَصِيّ ألحقنا الولد به ، وهذا التفصيل لا أصل له .

هذا كله إذا كان محبوباً والخُصية باقية ، أو كان خَصِيّاً والآلة باقية .

٩٦٣٢- فأما إذا كان ممسوحاً عديم الخُصية والآلة : قال العراقيون : لا يلحقه النسب ولا مراجعة ، وحكوا عن الإصطخري أنه قال : يلحقه الولد بلا مراجعة ، وذكر

(١) ر . المختصر : ١٤٤ / ٤ .

(٢) (ت ٢) : فما الصبي والمجنون .

(٣) في الأصل : فالمنصوص .

(٤) (ت ٢) : للجنين .

القاضي هذا الذي أضيف إلى الإصطخري وصححه ، وهو الذي ذكره الصيدلاني ، واعتل من صار إلى ذلك بأن الماء معدنه^(١) الصُّلبُ ومنفذه ثُقْبَةٌ إلى الظاهر ، وتلك الثُقْبَةُ باقية .

وهذا قولٌ عريٌّ عن التحصيل .

وهذا مجموع ما ذكر في ذلك .

فَصْلُكَ

قال : « ولو قال : قذفتك وعقلي ذاهب . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٦٣٣- إذا قامت بيّنة على إقراره بالقذف ، ثم إنه ادّعى أنه كان مجنوناً حين قذف ، ففي المسألة طرق : من أصحابنا من قال : إن لم يثبت جنون القاذف في سابق الزمان ، فلا يقبل قوله والقول قول^(٣) المقدوف [مع يمينه ، فيحلف]^(٤) بالله لا يعلم جنونه في حالة قذفه^(٥) .

وإن ثبت أنه كان يُجنّ فيما سبق ، ففي المسألة قولان : أصحهما - أن القول قولُ القاذف ، فإنه إذا عُهد له جنون فيما سبق ، فلا يبعد وقوع قذفه فيه ، والأصل البراءة من وجوب العقوبة ، فالقول قوله .

ي ١٧٩ والقول الثاني - أن القول قولُ المقدوف / ؛ فإن البيّنة شهدت على إقراره بالقذف مطلقاً ، والقذف المطلقُ محمولٌ على الصحيح التام ، كما لو شهد عدلان على البيع مطلقاً ، فهو محمول على الصحة .
هذه طريقة .

(١) معدنه : أي مقره ، وأساسه ومنبعه صُلب الرجل ، إشارة إلى قوله تعالى : ﴿يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾ [الطارق : ٧] .

(٢) ر . المختصر : ١٤٤ / ٤ .

(٣) (ت) : والقول قول المقدوف والقاذف أن يحلف .

(٤) في الأصل : قول المقدوف يحلف بالله لا يعلم .

(٥) (ت ٢) : في الالتزام وإن ثبت .

ومن^(١) أصحابنا من قال : إن ثبت أنه كان يجن ، فالقول قول القاذف [وللمقذوف أن يحلفه]^(٢) بالله تعالى ما قذفه في حالة عقله .

وإن لم يعهد له جنون فيما سبق ، فإن ادعى أن القذف كان منه في جنونه ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن القول قول القاذف ؛ فإن الأصل براءته .

والثاني - القول قول المقذوف ؛ فإن القذف ثبت ، والأصل عدم الجنون ، وهذا يقرب من تقابل الأصلين .

٩٦٣٤- فإذا جمعنا الطرق ، انتظم منها أقوال : أحدها - أن القول قول المقذوف في كل حال .

والقول الثاني - أن القول قول القاذف في كل حال .

والقول الثالث - أنه إن عهد جنون ، فالقول قول القاذف ، وإن لم يعهد جنون ، فالقول قول المقذوف .

ثم إذا جعلنا القول قول المقذوف ، ورأينا التفريع على هذا ، فلو أقام القاذف بينة أنه قذف في حالة الجنون ، وأقام المقذوف بينة أنه قذف في حالة الإفاقة ، فإن كانت البيتان مطلقتين ، أو كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين ، أو إحداهما مطلقاً والأخرى مؤرخة ، فليست البيتان متعارضتين ، بل هما محمولان على قذفين ، فيثبت القذف بالإضافة .

وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد - مع التضييق في التصوير - [فالبيتان]^(٣) متعارضتين ، وفي البيتين المتعارضتين قولان : أحدهما - أنهما يتساقطان . والثاني - أنهما يستعملان .

ثم للشافعي رضي الله عنه ثلاثة أقوال في كيفية الاستعمال إذا لم نحكم بالتهاتر^(٤) : أحدها - قول القسمة .

(١) هذه هي الطريقة الثانية .

(٢) في الأصل : فالقول قول القاذف يحلف بالله ما قذفه . . . إلخ .

(٣) في النسختين : والبيتان .

(٤) بالتهاتر : أي بالسقوط : سقوط البيتين بسبب تعارضهما .

والثاني - قول القرعة .

والثالث - قول الوقف .

فإن حكمنا بالتهاتُر ، فنجعل كأن البينة لم تكن ، وإن حكمنا بالاستعمال ، فلا تجري القسمة والوقف .

وحكى من يوثق به عن القاضي أن قول القرعة يجري هاهنا فنُقَرع بين البيتين ونقضي بالتي خرجت القرعة لها .

وهذا بعيد عندنا ؛ فإن القرعة يستحيل إجراؤها في إقامة العقوبة ، ^(١) بل الوجه حسم استعمال البيتين ^(٢) ، والقطعُ بتهاتُرهما وردُّ الأمر إلى الحالة التي لا يفرض فيها إقامة البينة .

٩٦٣٥- ومما يتعلق بالفصل أنه لو أقر بالقذف في مجلس القضاء ، ثم قال عنيت بذلك قذفاً صدر مني في جنوني أو صباي ، فهذا بمثابة ما لو شهدت بينة على إقراره بالقذف ، ولو أقر الرجل ببيع أو غيره من عقود المعاملات ، فلما راجعناه قال : أردت بذلك أني بعت في صباي أو جنوني ، فهو بمثابة ما لو قال : قذفت ، ثم ادعى ذلك على ما مضى التفصيل فيه ، ثم الفرق بين أن يُعَهَد جنوناً أو لا يُعَهَد فيه إذا أضاف ما صدر منه إلى حالة الجنون ، فإن أضافه إلى حالة الصبا ، فهو كما لو أضافه إلى حالة الجنون ، وقد كان منه جنون معهود .

فَصْلٌ

ش ١٧٩

قال : « ويلاعن الأخرس . . . إلى آخره » ^(٢) .

٩٦٣٦- قد ذكرنا أن إشارات الأخرس في عقود وحلوله ومعاملاته تنزل منزلة عبارة الناطق ، وبينا أن إشاراته تنقسم إلى الصريح والكناية ، وأشبعنا القول في هذا في كتاب الطلاق .

(١) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

(٢) ر . المختصر : ١٤٤ / ٤ .

ولم يختلف أصحابنا في شيء إلا في الشهادة ، فإن منهم من قال : هو من أهل الشهادة كالناطق ، والأظهر أنه مردود الشهادة ؛ لأن الشهادة تتعلق بالغير^(١) وللشرع تعبدٌ باعتبار كمالٍ فيها ، ولهذا لا نقبلها من الرقيق .

فإذن الأخرس من أهل القذف ، ثم هو من أهل اللعان عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) .

ويختلج في الصدر إشكالٌ في تأديته كلمات اللعان ، سيما إذا عينا لفظ الشهادة ، ولم نُقم غيرها مقامها ، فكيف تُرشد الإشارات إلى تفاصيل الصيغ .

والذي ينقدح في وجه القياس ، أن كل مقصود لا يتخصص بصيغة من لفظ ، فلا يمتنع إقامة الإشارة فيه مقام العبارة ، وما يتخصص بصيغة مخصوصة ، فيغضُّ إعراب الإشارة عنها .

ولو^(٣) كان في الأصحاب من يشترط في الأخرس الكِتبة^(٤) إن كان يُحسِنُها ، أو يشترط من ناطقٍ أن ينطق بالصيغة ويشير إليه بها ، ويقول : تشهد هكذا وهو في ذلك يقرّره ، ويُقرّب^(٥) الإشارة جهده ، فهذا يقرّب بعضَ القرب ، فأما إشارة مجردة تدل على صيغة مخصوصة لست^(٦) أهتدي إليها .

٩٦٣٧- ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أنه إذا أشار بالقذف ، وأشار بحكم اللعان إن أمكنت الإشارة بها ، ثم نطق فانطلق لسانه ، وزعم أنني لم أرد بالإشارة قذفاً

(١) (ت ٢) : تتعلق باللغة .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٥٠٨/٢ مسألة ١٠٥٤ ، المبسوط : ٤٢/٧ ، رؤوس المسائل : ٤٣٢ مسألة ٣٠٣ .

(٣) ولو كان في الأصحاب من يشترط في الأخرس الكِتبة : (لو) هنا للتمييز ، فالإمام يتمنى لو كان هذا رأياً للأصحاب ، حكى الرافعي هذا الكلام عن الإمام ، ثم قال : « جاء الغزالي ، فقال ما تمنى الإمام أن يكون في الأصحاب من يقوم به ، وحكاه في البسيط عن بعض الأصحاب ، وهو كالمنفرد بالقول به » ا . هـ كلام الرافعي (ر . الشرح الكبير : ٣٩٨/٩) .

(٤) الكِتبة : الكتابة (المصباح) .

(٥) (ت ٢) : ويقرب الإشهاد جهته .

(٦) لست : جواب (أما) بدون الفاء .

ولا لعاناً ، فلا نقبل ذلك منه ، ويكون كما لو صرح بالقذف ناطقاً^(١) ، ثم أنكر ، وهذا لعمرى موجب ذلك الأصل ، ولكن الأصل في نفسه مشكل .

ولو صرح بالقذف ناطقاً ، ثم أُصِمَتْ واعتُقِلَ لسانه ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : نمهله رجاء أن ينطق لسانه يومين . ثلاثة ، فإن نطق ، وإلا حملناه على إشارة الأخرس .

ونقل بعض الأصحاب عن الشافعي : أنه يراجع أهل البصيرة ، فإن قالوا : سينطق لسانه ، ولكن بعد مدة ، ننتظر ، ولكن في إطالة الانتظار إبطال حق المقدوفة .

وقد اعتمد الشافعي في إشارة الأخرس ما روي أن أمانة بنت أبي العاص أصممت ، فقيل لها : « لفلان كذا ، لفلان كذا ، فأشارت برأسها أي نعم ، فرفع ذلك إلى عثمان ، فرأى أنها وصية »^(٢) وهذه تدل على أن من طرق التقريب إلى الفهم مع [اعتقال]^(٣) اللسان العرض على المُعْتَقَل لسانه مع إشارته المتضمنة تقريباً .

فَصْلٌ

قال : « ولو كانت مغلوبة على عقلها . . . إلى آخره »^(٤) .

٩٦٣٨- نجمع بعون الله في هذا الفصل القول في القذف الذي يتعلق به اللعان ، والذي لا يتعلق .

فأما القذف الذي يتعلق به اللعان ، فأصله أن يجري في النكاح غير مضاف إلى زناً

(١) لم يتعرض الإمام لما لو اعترف بالقذف ولكنه قال : لم أرد لعاناً ، وقد قال الرافعي : إذا قذف ولاعن بالإشارة ، ثم عاد نطقه ، وقال : لم أرد لعاناً بإشارتي ، قبل قوله فيما عليه ، حتى يلحقه النسب ، ويلزمه الحد ، ولا يقبل فيما له حتى لا ترتفع الفرقة ، ولا التحريم المؤبد ، وله أن يلعن في الحال ، لإسقاط الحد ، وله اللعان لنفي النسب أيضاً إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حق النفي . ولو قال : لم أرد القذف أصلاً ، لم يقبل قوله ؛ لأن إشارته أثبتت حقاً لغيره ١ هـ . (ر . الشرح الكبير : ٣٩٨ / ٩) .

(٢) حديث وصية أمانة سبق تخريجه في الوصية .

(٣) في الأصل : اعتقاد .

(٤) ر . المختصر : ١٤٥ / ٤ .

متقدم على النكاح/ ، والقذف المطلق في النكاح ينقسم إلى ما يوجب^(١) الحد ، وإلى ١٨٠ ي ما يوجب التعزير ، فأما ما يوجب الحد ، فيتعلق به جواز اللعان .

ولكن المرأة لا تخلو إما أن تطلب الحد وإما أن تغفو عنه ، وإما ألا تطلب الحد ولا تغفو ، فإن طلبت ، ألتعن الزوج ، واندفع الحد عنه ، ثم يُعرض اللعان عليها ، فإن التعت ، اندفع حد الزنا عنها ، وإن نكلت ، حُدَّت حد الزنا ، وإذا كان القذف بحيث يوجب الحد على القاذف ، فالذي وقعت النسبة إليه يوجب حد الزنا على المقدوفة ، لو تحقق .

وإن عفت عن الحد وأسقطته ، فلا يخلو : إما أن يكون ثم ولد متعرض للثبوت لا ينفية إلا اللعان أو لا يكون . فإن تعرض نسب للثبوت ، فالزوج يلتعن لا محالة ؛ فإن المقصود الأظهر من اللعان نفى النسب المتعرض للثبوت .

وإن لم يكن ثم ولد ، فهل يلاعن الزوج ، [وقد]^(٢) عفت المرأة عن حد الزنا ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يلاعن ؛ فإنه ليس في اللعان غرض ظاهر ، وهو أثبت في الشرع حجة للضرورة ؛ ولا نسب ولا عقوبة^(٣) ، فلا معنى للعان .

والوجه الثاني - أنه يلاعن حتى [يَرَحَضَ ويغسل العار عن نفسه]^(٤) ، ويرد العار إليها ، وقد تنكّل ، فتلتزم حد الزنا .

فأما إذا كان القذف موجبا للحد ، فلم تطلبه المرأة ولم تغف ، فالمذهب الصحيح أن الزوج له أن يلتعن .

وقال بعض أصحابنا : لا يثبت الألتعان ما لم تطلب الحد ؛ فإن اللعان أثبت لدرء الحد ونفي النسب ، ولا نسب في المسألة ، وليس الحد مطلوباً ، فيدراً .

والأصح أنه يلتعن حتى ينقطع توقع طلبها .

هذا كله إذا كان القذف موجبا للحد .

(١) (ت ٢) : إلى موجب الحد .

(٢) في الأصل : فقد .

(٣) أي لا ضرورة لدرء العقوبة ، ولا لنفي النسب .

(٤) في الأصل : حتى يَرَحَضَ العار ويغسل عن نفسه .

٩٦٣٩- وأما إذا لم يكن موجباً للحد ، ولكن كان يقتضي تعزيراً ، فالذي نقدمه أنه إذا كان في الواقعة نسب ، وهو يبغى نفيه ، فيلاعن كيف فرض الأمر ، سواءً طلبت أو لم تطلب ، عَفْتُ أو لم تَعْفُ ، سواءً كان التعزير تعزير الكذيب أو تعزير التأديب ، على ما سنبين انقسام التعزير ؛ وذلك أن أعظم المقاصد نفى النسب ، كما ذكرناه ، وهو ثابت ، فلا مبالاة مع تعرض النسب لغيره .

وإن لم يكن في الواقعة نسب والقذف موجب التعزير ، فلا يخلو التعزير إما أن يكون تعزير الكذيب ، وإما أن يكون تعزير التأديب ، وتعزير الكذيب هو الذي يستوجه الرامي ، وهو مكذب في رمية في ظاهر الشريعة ، والتعزير يُقام لتحقيق تكذيبه ، وهو نحو أن يقذف الرجل أمةً أو كاتبةً ، فلا حد ، ولكنه يلتزم التعزير تكديماً له .

والنوع الآخر تعزير التأديب ، وهو أن يقذف امرأةً بزنا قد ثبت عليها من قبل : إما بينة أو إقرار ، وقد أقيم عليها حدُّ الزنا ، فالرامي يستوجب التعزير ؛ من جهة تعرضه لها بالإيذاء ، وليس المقصد من هذا التعزير إظهار تكذيب الرامي ؛ فإنه مصدق ، وإنما الغرض منعه عن معاودة مثل ذلك على طريق التأديب .

ش ١٨٠ فأما تعزير الكذيب فنصّور فيه ثلاث مسائل : إحداها - أن يكون القذف متضمناً تعزيراً والطَّلِبَةُ متوجهةً به ، وذلك مثل أن يقذف الزوج زوجته الأمة أو الذميمة ، وطلبت التعزير ، فالمذهب الذي قطع به الأئمة المعتبرون أن للزوج أن يلاعن ، ويرفع عن نفسه التعزير ؛ فإنه عقوبة تتعلق بالطلب كالحد ، فإذا طلبته ، كان له رفعه باللعان ، وفي بعض التصانيف ذكر خلاف في هذا ؛ من حيث إن الواقعة عريّة عن نسب متعرض للثبوت ، وعن عقوبة لها وقع ، وهي الحد . وهذا مما لا يجوز الاعتداد به ، والوجه بناء المذهب^(١) على القطع بجريان اللعان إذا فرض طلب^(٢) التعزير الذي يُثبت تكديماً من المرأة .

(١) (ت ٢) : بناء الأمر .

(٢) (ت ٢) : إذا فرض الطلب والتعزير الذي يثبت تكديماً .

* وأما^(١) إذا لم يتوجه الطلب ، فهذا ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها - أن تعفو المقدوفة عن التعزير ، فإن كان كذلك ، فهل يلاعن الزوج ؟ فعلى وجهين قدمنا توجيههما ومأخذهما .

والقسم الثاني أن تكون المقدوفة بحيث لا يتأتى منها الطلب ، وذلك بأن تكون مجنونة أو صغيرة ، ولا ينوب غير المقدوفة مقامها في طلب التعزير وفاقاً ، فإذا أراد الزوج أن يلتعن قبل أن تبلغ المقدوفة مبلغ الطلب : بإفاقة أو بلوغ ، فهل له ذلك ؟ فعلى وجهين مرتبين على الوجهين فيه إذا عفت المقدوفة ، وكانت من أهل العفو ، وهذه الصورة أولى بأن يثبت اللعان فيها ؛ فإن الزوج لا يأمن توجه الطلبة عليه بالتعزير إذا زال المانع الذي بالمقدوفة .

ولو كانت المقدوفة من أهل الطلب ، فلم تعف ، ولم تطلب ، وسكتت ، فأراد الزوج أن يلتعن قبل أن تطلب ، ففي المسألة وجهان مرتبان على الوجهين فيه إذا كان بها مانع من الطلب ، كالصغر والجنون ، وهذه الصورة الأخيرة أولى بجريان اللعان من التي قبلها ؛ فإن التعزير متعرض للإقامة وهي مستمكنة من الطلب متى شاءت .

هذا تفصيل القول فيه إذا كان القذف موجباً لتعزير التكذيب ولا نسب .

٩٦٤٠- فأما إذا كان القذف موجباً لتعزير التأديب ، وذلك مثل أن ينسب الزوج زوجته إلى زناً كان قد ثبت عليها بيينة أو إقرار ، وأقيم الحد ، فإذا نسبها الزوج إلى ذلك الزنا ، استحق التعزير ، من جهة انتسابه إلى إيذائها ، فلو طلبت المرأة التعزير ، فهل يلتعن الزوج في هذا النوع من التعزير ؟ هذا مما اختلف النص فيه ، فالذي حكاه المزني عن الشافعي أنه قال : « عُرِّرَ إن طلبت ذلك ، ولم يلتعن »^(٢) وظاهر الكلام أنه ليس له الالتعان أصلاً وإن طلبت التعزير .

وحكى الربيع عن الشافعي أنه قال : « عُرِّرَ إن لم يلتعن ، فأثبت له اللعان لدرء

(١) هذه هي المسألة الثانية أو الصورة الثانية في تعزير التكذيب ، من الصور الثلاث التي وعد بها .

أما الصورة الثالثة فقد اندرجت في أقسام الصورة الثانية ، وعنى بها القسم الثالث ، وهو أن تكون المقدوفة من أهل الطلب ، ولم تعف ، ولم تطلب .

(٢) ر . المختصر : ١٤٦/٤ .

التعزير» ، واختلف الأصحاب على طرق : فمنهم من قال : في المسألة قولان : أحدهما - أنه يثبت اللعان كما يثبت في تعزير التكذيب في صورة الطلب ، ويحمل لعانه أيضاً على قطع النكاح ودفع العار .

ي ١٨١

والقول الثاني - ليس له اللعان أصلاً ؛ فإن اللعان بيّنة خاصة / متضمنة تحقيق القذف ، ولا معنى لهذا فيما نحن فيه ؛ فإن الزوج مصدق فيما نسبها إليه ، فلا يستفيد باللعان تصديقاً ، ويخرج اللعان عن [وضعه]^(١) ، [و]^(٢) التعزير إنما أثبت في هذا المقام تأديباً^(٣) ، وهو مع اللعان [حري]^(٤) بالتأديب ، فيجب ألا يكون للعان أثر في دفعه .

ومن أصحابنا من صوّب المزني وغلط الربيع ، ونفى اللعان ، وهذا هو القياس الحق ، وهو الذي نبهنا عليه في توجيه أحد القولين في الطريقة الأولى .

ومن أصحابنا من صوّب الربيع وأول كلام المزني على ما سنصفه ، وقال : الأصل في اللعان قذفٌ يصدر / من الزوج يسوّغ له الإقدام عليه ، ليبتنى عليه قطع النكاح باللعان الذي يتضمن غسل العار ، وهذا المعنى متحقق فيما نحن فيه ، وأول كلام المزني وحمله على موافقة منقول الربيع ، فقال : قوله : « عزّر إن طلبت ذلك ، ولم يلتعن »^(٥) فيه تقديمٌ وتأخير ، والتقدير عزّر إن طلبت التعزير ، ولم يلتعن^(٥) ، وهذا يقع على هذا التأويل على معرض الإخبار بأنه لا يلتعن معطوفاً على الشرط في قوله : إن طلبت ، فكأنه قال : إن طلبت ، المرأة ، ولم يلتعن الزوج عزّر .

وهذا لا حاجة إليه ، وقصاراه حمل منقول المزني على موافقة ما لا وجه له في الصحة ؛ فإن اللعان إذا كان لا يفيد تصديقاً ، فهو حائذ^(٦) بالكلية عن وضعه ، وتغليط

(١) في النسختين : وصفه .

(٢) (الواو) زيادة من (ت ٢) .

(٣) (ت ٢) : أثبت في هذا المقام ندماً .

(٤) كذا . ويمكن أن تقرأ (جري) ، وضبطت في الأصل بضمّة على الحاء وأخرى على الياء المشددة ، والمعنى غير مستقيم ، (وانظر صورتها) عسى أن يلهمك الله قراءتها الصحيحة .

(٥) ما بين القوسين سقط من (ت ١) .

(٦) (ت ٢) : جائز .

الربيع هو الأولى ، ولا يتوجه في القياس إلا نفي اللعان .

٩٦٤١- ثم يتعلق بتمام البيان في ذلك أمران : أحدهما - أنا إن نفينا اللعان فالتعزير متوجه على الزوج تأديباً ، ثم اختلف جواب الأئمة في أن هذا النوع من التعزير هل يتوقف على طلب المقدوفة ؟ فمنهم من قال : لا بد من طلبها ؛ فإنها المقصودة بالأذى ، فعلى هذا يسقط بإسقاطها .

ومنهم من قال : لا يتوقف هذا على طلبها ؛ والصادر من الزوج سوء أدب يستوجب^(١) به من طريق الإيالة والسياسة تأديباً ، وهو بمثابة ما لو قال الرجل : « الناس زناة » ، فالسلطان يؤدبه ، وإن كان لا يفرض طلب التأديب من أحد . وهذا غير مرضي .

والوجه القطع بتعلق التعزير بطلبها ؛ فإنها مخصوصة بهذا الإيذاء ، ولفظ الشافعي رحمه الله مصرح بهذا ؛ فإنه قال : « عَزَّرَ إِنْ طَلَبْتَ ذَلِكَ » .

وإنما يليق التردد بصورة أخرى : وهي أن الرجل إذا قال لامرأته : زني وأنت بنت شهر ، أو بنت يوم ، فالذي ذكره غير ممكن الوقوع تصوّراً ، وهو متعرض للتعزير ، وفيه ظهر اختلاف الأئمة في أن هذا التعزير هل يتعلق بطلبها ؟ ووجه تخريج الخلاف أنها لا [تتعير]^(٢) إذا نُسبت إلى مُحال ، وليس كذلك إذا جدد ذكر الزنا ، فالتأذي لاحق .

فهذا بيان القول في الطلب .

٩٦٤٢- ومما يتم الغرض به : أنا إذا قلنا : لا يتعلق التعزير بطلب المذكورة ، فالسلطان يتولاه ، وإن قلنا : لا بد من طلبها ، فقد يعترض في هذا أمر ، وهو أن قائلاً لو قال : ما الذي يمنع السلطان من زجر هذا عن معاودة أمثال ما نطق به تعلقاً بالسياسة/ الكلية ؟ قلنا : إذا رأينا ذلك متعلقاً بالطلب ، فالوجه في هذه الواقعة ألا ١٨١ ش

(١) عبارة (ت ٢) : ومنهم من قال : لا يستوجب به من طريق إيالة والسياسة .

(٢) في الأصل : تتعسر ، و(ت ٢) : تعتبر . والمثبت من المحقق .

يبادره السلطان بالتعزير ، بل يصبر إلى أن يتبين^(١) الطلب ؛ لأنه لو ابتدر بالعقاب ، لكان تاركاً حقَّ مَنْ له حق الطلب ، وهذا إجحافٌ به ، فإن الشرع إذا ربط شيئاً بطلب طالبٍ ، فهو على غرضٍ في التردد بين الصفح والطلب ، [وتفويتُ]^(٢) هذا عليه إبطال حقه .

فإن قلنا : لا يتعلق هذا التعزير بالطلب ، فلا تنقسم المسألة ، وإن قلنا : يتعلق التعزير بالطلب ، وفرعنا على أنها لو طلبت ، لالتعن الزوج ، فلو عفت ، فوجهان ، ولو لم تعف ، ولم تطلب ، فوجهان مرتبان على النسق المقدم .
وكل ذلك والقذف مُنشأً في النكاح ، من غير إضافة الزنا إلى ما قبل النكاح .

٩٦٤٣- فأما إذا قذف امرأته بزناً أرّخه بزمانٍ متقدم على النكاح ، فقال : زنيته قبل أن نكحتك ، فلا يخلو إما أن يكون في الواقعة ولدٌ يحاول نفيه ، وإما أن لا يكون ولد .

فإن لم يكن ، فقد قطع الأصحاب بأنه لا يلتعن^(٣) ؛ فإنه تعرض لنسبتها إلى الفاحشة في وقتٍ لم تكن فراشه [فيه]^(٤) ، وإنما أثبت اللعان للزوج في مقابلة تلطيخها فراشه . هذا متفق عليه ، ولا فرق بين أن يكون القذف موجباً حداً أو تعزيراً .

فأما إذا كان في الواقعة مولود والزوج يحاول نفيه ، فإذا قذفها بزناً متقدماً على النكاح ، ورام أن ينسب الولد إلى العلوق من ذلك الزنا ، فهل يجوز له أن يلاعن والحالة هذه ؟ فعلى وجهين ذكرهما العراقيون : أحدهما - أنه يجوز - وهو الظاهر - لضرورة نفي النسب المتعرض للثبوت ، والزنا وإن أرّخه قبل النكاح ، فضرورة الولد حاقّة في النكاح ، ونحن نُثبت اللعان لنفي الولد الكائن في نكاح الشبهة ، فلا يبعد ثبوته ، وإن تأرّخ الزنا بما قبل النكاح .

(١) (ت ٢) : يتبين الأمر .

(٢) في الأصل : وتقريب هذا ، (ت ٢) والقريب هذا . والمثبت من المحقق ، إلهاماً من فضل الله .

(٣) (ت ٢) : بأنه يلتعن .

(٤) في الأصل : منه .

والوجه الثاني - وهذا اختيار أبي إسحاق المروزي - أنه لا يلاعن ويلحقه النسب ؛ فإن عماد اللعان قذفٌ يتضمن نسبته إلى تلطيخ الفراش الكائن .

فإن قيل : هذا يؤدي إلى إلحاق النسب به ، كان الجواب أنه المقصّر ؛ إذ أرخ الزنا ، ولو أطلق النسبة إلى الزنا ، ولم يتعرض لتأريخه ، لأمكنه أن يلتعن ، وينفي النسب ، فهو الذي فوّت على نفسه الدّفع الذي أثبتته الشرع [له] ^(١) .

٩٦٤٤- ومما يتعلق بتتمة الفصل أنه إذا قذفها ^(٢) بعد البينونة وارتفاع النكاح ؛ فإن كان ثمّ ولد متعرض للثبوت ، فله اللعان .

وإن لم يكن ثمّ ولد ، فلا سبيل إلى اللعان ، سواء أطلق القذف ، أو أضافه إلى النكاح المرتفع ؛ فإنه لا حاجة إلى القذف ، ولا فراش ولا نسب .

وكذلك لو نكح امرأة ^(٣) نكاحاً فاسداً وقذفها ، فإن كان ثمّ ولدٌ يريد نفيه ، فله اللعان عندنا ، ثم حيث يلتعن لنفي النسب ولا نكاح ، فإذا انتفى النسب ، ^(٥) اندفع الحدّ تبعاً ؛ فإن اللعان حجة [متضمنها] ^(٤) إثبات الزنا ، ويستحيل أن تقوم حجة شرعية ^(٥) على الزنا ، ويقع القضاء بصحتها ، ثم يُحدّ المناسب إلى ذلك [الزنا] ^(٦) .

ولو نكح امرأة وقذفها ، وهو على اعتقاد الصحة في النكاح ، فالتعن [ولا] ^(٧) ولد/ ١٨٢ ي ثم يتبين فساد النكاح ، فهل يُقضى باندفاع الحد والحالة هذه ؟ فعلى وجهين أوردهما المحققون من المراوزة : أحدهما - أن الحدّ يجب ؛ فإنّا تبينّا بالأخيرة ^(٨) فساد اللعان ، ولو علمنا ذلك ابتداءً ، لمنعنا من الإقدام على اللعان ، فإذا بان آخرأ ، تبينّا ^(٨) فساد اللعان .

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) (ت ٢) : فارقتها .

(٣) (ت ٢) : امرأته .

(٤) في الأصل : « متضمناً » وهي ضمن الساقط من (ت ٢) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٦) زيادة من (ت ٢) .

(٧) في الأصل : فلا .

(٨) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

والوجه الثاني - أن الحد يندفع ؛ لأنه جرى في مجلس القاضي ما هو في الشرع تصديق القاذف ، فيبعد مع جريانه إقامة الحد ، وإذا علمنا فساد النكاح ، لم نتركه يلتعن .

ثم مهما^(١) جرى اللعان في بينونة أو نكاح فاسد لنفي النسب ، فالمرأة هل تلتعن ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - أنها تلتعن في مقابلة لعانه ، كما لو كانت في نكاح صحيح .

والثاني - أنها لا تلتعن ؛ فإن اللعان حيث لا نكاح مقصوده نفي النسب ، ولا حاجة إلى لعانها في نفي النسب ؛ فإنها^(٢) تتعرض لإثبات النسب في مضادة الرجل النافي ، فيبعد إثبات اللعان في حقها .

فإن قلنا : إنها لا تلتعن ، فلعان^(٣) الزوج لا يُثبت عليها الحد ، فينحصر الغرض^(٤) من هذا اللعان في نفي النسب ، ثم يتبعه انتفاء الحد عن القاذف ، وذلك أنا لو ألزمتها الحد ، لكان ذلك إرهاباً منا إياها إلى الحد على وجه لا تجد له مدفعاً ، فهذا لا يليق بموضوع اللعان ومحاسن الشرع .

وإن قلنا : إنها تلتعن ، فإن امتنعت عن اللعان ، حُذّت ، كما لو امتنعت عن اللعان في صلب النكاح .

ثم إذا جرى اللعان في بينونة أو نكاح فاسد ، فهل يفيد [اللعان]^(٥) [الحرمة]^(٦) المؤبدة ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يفيد ؛ طرداً لهذا الحكم مهما جرى اللعان على الضحة .

(١) مهما : بمعنى إذا .

(٢) (ت ٢) : فلها متعرض .

(٣) (ت ٢) : كلعان الزوج .

(٤) (ت ٢) : العوض في هذا اللعان .

(٥) في النسختين : النكاح .

(٦) في الأصل : الحرية .

والوجه الثاني - أنه لا يتضمن التحريم ؛ فإنه لم يرد على نكاح ، والحرمة المؤبدة^(١) معلقة بلعانٍ يتضمن قطع نكاح .

وقد انتجز ما أردنا جمعه في هذه القواعد ، وإنما جمعناه لأنه مبثوث في الكتاب من غير انتظام ، فرأينا أن يُلفى في مكانٍ واحد .

٩٦٤٥- ثم نعود إلى ترتيب السواد ومسائله .

فإذا قذف الرجل زوجته المجنونة ، فإن كان ثمّ ولد ، فله نفيه باللعان ، وتقع الفرقة وتتأبد ، ويندرىء التعزير .

وإن لم يكن ثمّ ولد ، ففي جواز اللعان الوجهان المذكوران ، فلا شك أنها ليست من أهل الطلب في الحال ، ولا يقوم وليها مقامها في الطلب ؛ لأن هذا أثبت ليشفي^(٢) الغيظ ودرك الثأر كالقصاص ، فلا سبيل إلى التفويت^(٣) .

فإن قلنا : ليس له اللعان ، [فلو لم]^(٤) يتفق حتى أفاقت ، فلها طلب التعزير ، وللزوج الدرء باللعان الآن ، على المذهب الذي يجب القطع به .

ولو قذفها وهي مُفيقة^(٥) ، فجُنّت قبل اللعان ، فإن كان ثمّ ولد التعن الزوج ، ولم يؤخر ، فإن لم يكن ولد وقد تعذر الطلب ، ففي جواز اللعان الخلاف المقدم .

ولو قذفها في حالة الجنون بزناً في حالة الإفاقة ، فهذا القذف موجبٌ للحد ، نظراً إلى وقت الإضافة ، ولا اعتبار بصفة المقدوف في الحال^(٦) ، وهذا بمثابة قذف الميت مستنداً إلى حياته ، فإنه موجبٌ للحد ، حملاً على التأريخ بالحياة ، وكذلك القول في الجنون والإفاقة ، غير أنها إذا كانت / مجنونة ، لم تطلب ، ولم ينب عنها في الطلب ١٨٢ ش

(١) (ت ٢) : المترتبة .

(٢) (ت ٢) : لنفي الغيظ .

(٣) (ت ٢) : التقريب .

(٤) في النسختين : لو لم .

(٥) (ت ٢) : معتقة .

(٦) (ت ٢) : في كل حال .

أحد ، فلو ماتت المجنونة قبل الإفاقة ، قام بطلب الحد من يرثها الحد ، وللزوج اللعان لدرء الحد بعد موت الزوجة .

ولو قذفها وهي مجنونة ، فموجب القذف التعزير إذا لم يؤرّخ الزنا بالإفاقة ، فلو ماتت ورث التعزير^(١) من يرث الحد ، ثم أمر اللعان على ما ذكرناه .

٩٦٤٦- وإذا قذف امرأته الأمة ، فطلب التعزير^(١) إليها دون مولاه ؛ لأن التعزير يجب [للاعتداء]^(٢) على العرض ، ولا حق للمولى في عرض المملوك ، وإنما يملك منها ومن العبد ما يعود إلى المالية ، والعرض والذمة خارجان عن ملك المولى ، وعلى هذا قال فقهاؤنا : لو قذف السيد عبده ، وجب للعبد على المولى التعزير ، لأنه تصرف فيما ليس له ، وكان كما لو قذف مملوك الغير ، وليس كالقصاص ؛ فإن الجناية ترد^(٣) على الرقبة ، وهي معدن المالية .

ويجوز أن يقال : لا يملك العبد طلب التعزير من مولاه ، ولكن إذا شكاه ، قيل له : لا تؤذه ، فإن أبى ، كان كما لو زاد على الحد في الاستخدام .
والأوجه ما ذكره الأولون .

ولو قذف زوجته الأمة ، فماتت قبل أن تطلب ، فهل لمولاه طلب التعزير بعد موتها ؟ فعلى وجهين : أحدهما - ليس له ذلك ؛ فإنه لا يخلفها^(٤) ، وإنما الوارث يخلف موروثة الحر بسبب أو نسب .

والثاني - له حق الطلب ؛ فإنه أخص الناس به ، واختصاصه قطع سائر جهات الاختصاص عنه ، حتى قطع اختصاصه بنفسه ، وما الوراثة إلا ضرب من الاختصاص .

٩٦٤٧- وكل ما ذكرناه ينبني على مذهبنا في أن حد القذف موروث ، وهذا الأصل

(١) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

(٢) في الأصل : للاعتراض . وفي (ت ٢) : للإعراض . والمثبت اختيار من المحقق .

(٣) (ت ٢) : تردد على الذمة .

(٤) ت ٢ : لا يلحقها .

متفرّع على أن حد القذف حقٌّ للآدمي ، وليس حقّاً لله تعالى ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) وأقرب نتيجة لهذا الأصل مسألتان : إحداهما - أن من قُذف فلم يطلب الحدّ حتى مات ، ورثه ورثته على ما سنفصله ، وعند أبي حنيفة لا يرثونه مع قوله : إن من قذف ميتاً ، فلورثته طلب الحد .

والنتيجة الثانية - العفو والإسقاط ، فعندنا يسقط حدُّ القذف بإسقاط المقدوف ، إذا كان من أهل الإسقاط ، خلافاً لأبي حنيفة .

ثم إذا قضينا بكون الحد موروثاً ، فقد اختلف أصحابنا فيمن يرثه : فمنهم من قال : يرثه جملة الورثة : من يتعلق منهم [بالنسب]^(٢) ومن يتعلق بالسبب .

ومنهم قال : يختص وراثته بمن يتعلق بالنسب ؛ فإن الذب عن العرض يتعلق بالذب عن النسب ، فاتجه اختصاصه بأهل النسب .

ومن أصحابنا من قال : يختص بعصبات النسب ، وهم الذين يثبت لهم حق التصرف في ولاية التزويج .

فإذا فرعنا على هذا ، فلا شك أن الأب يستحق ، وفي الابن كلامٌ : من أئمتنا من ورّثه وجعله على ترتيبه في العصوبة ، وقدمه على من عداه .

ومنهم من لم يثبت له هذا الحق ، كما لا يثبت له حق ولاية التزويج .

ولو فرض القذف/ بعد الموت^(٣) ، فالمقدوف الميت ، والطالب بالحد من يرثه لو ١٨٣ يوجب في حياة المقدوف .

ورتب الأئمة الزوجين والقذف مُنشأً بعد الموت عليهما والقذف في حالة الحياة ، والصورة الأخيرة أولى بقطع الاستحقاق ، والفرق أن القذف جرى في الحياة والسبب قائم وهو الزوجية ، وهاهنا أنشأ القذف بعد ارتفاع [السبب]^(٤) .

(١) ر . رؤوس المسائل : ٤٣٦ مسألة ٣٠٧ ، طريقة الخلاف : ٢١٩ مسألة ٨٨ ، إيثار الإنصاف : ٢١٨ .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) ت ٢ : ولو فرض القذف فالمقدوف الميت ويطلب بالحد . . .

(٤) في الأصل : النسب .

٩٦٤٨- وإذا ثبت حد القذف بحق الورثة لجماعة ، فعفا واحد منهم ، ففي المسألة أوجه : أظهرها - أن للباقيين استيفاء الحد بكماله ، ولم يؤثر عفو من عفا ، لأنه ثبت للورثة ، فلا سبيل إلى إسقاط حقوق الطالبين لا إلى عوض ، بخلاف القصاص .
والثاني - تسقط حقوق الباقيين ، كما تسقط حقوقهم عن القصاص إذا عفا بعض المستحقين .

والوجه الثالث - أنه يسقط بإسقاط من عفا مقدار حقه لو قُدر التوزيع عليهم ، حتى إذا كان الحد بين ابنين ، فعفا أحدهما ، سقط بعفوه أربعون جلدة ، وبقي مثلها للابن^(١) الذي لم يعف .

وهذا الذي ذكرناه الآن تنبيه على التراجم ، وسنعود إلى هذا الفصل قاصدين ، إن شاء الله عز وجل ، فإذا ذاك نوضح الأصول والتفريعات ، إن شاء الله عز وجل .
ومن قذف [موروثه]^(٢) فمات المذوف ، سقط الحد بورثة القاذف ، ولا يتصور فرض هذا في القصاص ؛ فإن من جرح موروثه ، فمات ، فالقصاص قائم عليه ؛ فإنه قاتل والقاتل محروم عن الميراث .

٩٦٤٩- ثم قال الشافعي رحمه الله : « ولو التعن وأبى اللعان . . . إلى آخره »^(٣) .
فرض الشافعي [اللعان]^(٤) في جمع من النسوة ، والحكم لا يختلف ، ومقصود الفصل الكلام في امتناع أحد الزوجين من اللعان ، فإن امتنع الزوج^(٥) - والقذف موجب للحد - حدّ حدّ القذف .

وإن التعن الزوج وامتنعت ، حدّ حدّ الزنا ، ولا حاجة إلى تفصيل الحدود ؛ فإنها ستأتي في كتاب ، إن شاء الله عز وجل .

(١) ت ٢ : في الآخر .

(٢) في الأصل : مفروضه .

(٣) ر . المختصر : ١٤٥ / ٤ .

(٤) زيادة اقتضاها إيضاح الكلام .

(٥) ت ٢ : فإن امتنع الزوج من القذف حدّ حدّ القذف .

فَصْلٌ

قال : « ولا أَجْبُرُ الذَّمِيَّةَ عَلَى اللِّعَانِ إِلَّا أَنْ تَرْغِبَ فِي حُكْمِنَا... إِلَى آخِرِهِ »^(١).

٩٦٥٠- إذا قذف الرجل امرأته الذميمة ولا عن ، عُرض اللعان عليها ، فإن أبت نصّ الشافعي على أنها لا تجبر على اللعان ، ولا تُحد ، فإن رضيت بحكمنا ، حكمنا عليها حينئذ . هذا هو النص .

واختلف أصحابنا على طريقين : فمنهم من قال : هذا يخرج على القولين المذكورين في أن أهل الذمة هل يُجبرون على أحكامنا ، وقد قدمنا هذا الأصل ، وسيأتي استقصاؤه في أدب القضاء ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قلنا : إنهم مُجْبَرُونَ ، فالذميمة مجبرة على اللعان ، سخطت أم رضيت ، حتى إذا امتنعت ، قضينا عليها بما نقضي به على المسلمة الناكلة عن اللعان .
والثاني - أنها لا تجبر .

ومن أصحابنا من قطع^(٢) القول بأنها لا تجبر على اللعان إلا أن ترضى بحكمنا ، وهذا هو الذي صححه المحققون ؛ لأنه لا يبقى بعد لعان الزوج إلا ما يتعلق بمحض حق الله تعالى ، وحقوق الله تعالى / مبناها على المسامحة ، فلو حملناها على اللعان ، ١٨٣ ش لكان ذلك حملاً على أمر مآله - لو فرض النكول - إقامة حد الله تعالى ، وكان هذا الطرف ليس متعلقاً بحق الزوج ، وليس معدوداً من خصومة الزوج .

وألحق الأئمة بهذا أمراً بدعاً به تبين القاعدة ، فقالوا : إذا كان التلاعن بين مسلمين ، فالتعن الزوج ، لم يتوقف عرض اللعان عليها على طلبه ، حتى لو رضي بأن لا يعرض اللعان عليها ، لم نبال به ، وقيل لها : قام عليك حجة ، فادرئها ، تسلمي ، وإن أبيت ، أقمنا عليك حد الله تعالى .

(١) ر . المختصر : ١٤٥ / ٤ .

(٢) هذا هو الطريقة الثانية .

ومن لطيف المذهب في هذا أن الخصومة إذا دارت بين المسلم والذمي ، فقد اتفق الأصحاب على أن الذمي محمولٌ على حكم الإسلام .

وهاهنا تردّد ، والتردد الذي ذكرناه سببه انقطاع جانبها عن جانبه ، فليلتعن الزوج ، وليتركها .

نعم ، إن قذف الذمي زوجته الذمية ، ففي إجبار الزوج على اللعان إذا طلبت من غير أن ترضى بحكمنا القولان المشهوران في أن أهل الذمة هل يُجبرون على أحكام الإسلام ؛ فإن اللعان في جانبه ومطالبته بالتعزير يتعلق بحقوق الآدميين .

٩٦٥١- ثم قال الشافعي رضي الله عنه : « لو كانت امرأة محدودة في زنا ، فقذفها بذلك الزنا . . . إلى آخره »^(١) .

وهذا هو الفصل الذي أدرجناه في أثناء الأصل الذي ذكرناه ، وأتينا به مقررّاً ، فلا حاجة إلى إعادته .

٩٦٥٢- ثم قال الشافعي رحمه الله : « وإن أنكر أن يكون قذفها . . . إلى آخره »^(٢) . إذا ادّعت المرأة على زوجها أنه قذفها ، نُظر : فإن سكت الزوج ، ولم يُحرز جواباً ، قام سكوته مقام الإنكار^(٣) في سماع البينة عليه ، فإذا أقامت شاهدين على أنه قذفها ، فله أن يلتعن ، فإنه لم يصرح بإنكار القذف ، وإنما أقمنا سكوته مقام الإنكار في قبول البينة ، وهو ليس بإنكارٍ على الحقيقة ، والبينة تسمع لعدم الإقرار ، لا لحقيقة الإنكار .

ولو قال الزوج لما ادّعت القذف : ما قذفتك وما زني ، فأقامت شاهدين على أنه قذفها ونسبها إلى الزنا ، فليس للزوج أن يلتعن ، فإنه قد أنكر القذف وبرأها ؛ إذ قال : ما زني ، واللعان يستدعي قذفاً .

فإن أنشأ قذفاً ، التعن ، ثم لا يتوجه عليه الحد بالقذف الذي ثبت وأنكره ؛ فإن

(١) ر . المختصر : ١٤٦/٤ .

(٢) ر . السابق نفسه .

(٣) ت ٢ : الإمكان .

اللعان يُثبت الزنا [عليها]^(١) ولا يتصور مع ذلك أن نطالبه بالحد .

ولو قال الزوج لما ادعت القذف : ما قذفتك ، فأقامت شاهدين أنه قذفها ، فللزوج أن يلتعن ، فإن قوله ما قذفتك يمكن حمله على أن الذي تقدم مني لم يكن قذفاً ، وإنما كان قولاً حقاً ، فإذا ذكر الزوج هذا التأويل الذي ذكرناه ، وأراد الالتعان من غير قذفٍ جديد ، فله ذلك .

ولو قال : ما قذفتك ، فلما قامت عليه البينة ، لم يذكر التأويل الذي ذكرناه ، ولم يجدد قذفاً ، فهل له أن يلاعن ؟ فعلى وجهين : أحدهما - ليس له اللعان ؛ لأنه يصير [بهذا]^(٢) مكذباً نفسه / ، وقد أنكر أصل الرمي ، وعلى إنكاره قامت البينة ، فكيف ١٨٤ ي يقول : « إني لمن الصادقين فيما رميتها به » - وما كان رماها^(٣) بزعمه .

والوجه الثاني - له أن يلاعن ؛ لأنه وإن أنكر القذف^(٣) ، فقوله مردودٌ عليه بالبينة ، فصار كأنه لم يكن .

وشبه هؤلاء هذه المسألة بما لو اشترى شيئاً ، فظهر [أنه]^(٤) مستحق ، وقامت الخصومة ، فقال : المشتري للمستحق في أثناء الخصومة : هذا الشيء كان ملك فلان ، فاشتريته منه ، فإذا قامت البينة على الاستحقاق ، وانتزع الشيء من يده ، فله أن يرجع بالثمن على البائع ، وإن كان أقر له بالملك في أثناء الخصومة ؛ لأن إقراره رُدَّ عليه بالبينة ، وأيضاً ، فإن قوله : « أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها » يتضمن قذفاً ، وكأنه ابتداء قذفٍ ولعانٍ .

وهذا ضعيف ؛ إذ لو جاز اعتماده ، لجاز ابتداء كل زوج باللعان من غير تقديم قذف .

فهذا بيان الفصل .

(١) في الأصل : عليه .

(٢) في النسختين : بها . والمثبت من المحقق .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

٩٦٥٣- وفيما قدمنا مباحثة في شيء واحد ، وهو أنا ذكرنا في أقسام المسألة أن الزوج لو قال : ما قذفتها ، وما زنت ، فنفي القذف وبرأها ، فليس له أن يلتعن . هذا سديد لا نزاع فيه .

قال القاضي : إن أراد اللعان ابتداءً قذفاً جديداً ، وهذا فيه نظر ؛ من جهة أن قوله : ما زنت يتضمن الإقرار ببراءتها من الزنا ، فإذا قذفها إنشاءً ، فَقَذَفُها المنشأ يناقض إقراره ببراءتها من الزنا ، فكيف يثبت قذفه ، وهو مناقض لقوله الأول ؟

والممكن في الانفصال عن ذلك أن يقال : « ما زنت فيما سبق ، وقد زنت على قرب العهد » .

والذي يحقق هذا أن الرجل لو برأ إنساناً عن الزنا ، ثم قذفه ، فهذا قذفٌ موجبٌ للحد .

فلو قال : هذا القذف غير منتظم مني ، فإني قدمت الإقرار بالبراءة ، قيل له : قد أذيت بقذفك ، وتعرضت للعرض المصون عن القذف بالحد ، فلا يراعى في القذف ، والمقذوف يزعم أنه كذب - على كل حال - إمكان الصدق .
هذا هو الممكن في ذلك .

والإشكال بعد قائم ؛ فإن التبرئة مطلقةٌ مسترسلةٌ على جميع الأزمان ، والقذف بعدها مناقض لها ، وقوله وإن كان قذفاً في حق المقذوف ، فهو مؤاخذ في حق نفسه [يسابق]^(١) قوله .

والذي استقر الكلام عليه أنه إذا برأ من الزنا ، لم يصح القذف منه إلا أن يتخلل زمانٌ يمكن وقوع الزنا فيه ، فينشئ قذفاً ويلاعن ، ولكن لا يسقط الحد الأول ، إلا على مذهب سقوط حصانتها بلعانه ، كما سيأتي تفصيل ذلك .

وبالجملة ما ثبت من القذف بالبيّنة مع ما أنشأه بمثابة ما لو قذف أجنبيةً ثم نكحها وقذفها في النكاح ، وسيأتي شرح هذه المسائل ، إن شاء الله عز وجل .

(١) في الأصل : يسابق .

٩٦٥٤- ثم قال : « ولو قذفها ، ثم بلغ . . . إلى آخره »^(١) .

قذفُ الصبي لا يوجب حداً ولا تعزيراً للمقذوف^(٢) يتعلّق بطلبه ، ولكن يعزّره القائم عليه لإساءة أدبه ، كما يفعل ذلك به في سائر جهات التأديب والتثقيف .

قال القفال : إذا همّ بتأديب المراهق ، فبلغ ، انكف عنه / وإن كان والياً ؛ فإن ١٨٤ ش البلوغ أكمل الروادع ، والعقل الذي قضى الشرع بكماله أبينُّ وازع ، فلا يؤدّب مكلفٌ على الوجه الذي يؤدّب عليه الصبي ؛ فإن المكلف معاقبٌ ، وكل ما يقع به من إيلاام ، فهو عقابٌ ، وما يقع بالصبيّ تأديبٌ بمثابة رياضة الدوابّ^(٣) ، ولهذا نأمر الطفل بقضاء ما فات من الصلوات ما دام طفلاً ، فإذا بلغ ، كفنا الطلب عنه .

٩٦٥٥- ثم قال : « ولو قذفها في عدة يملك فيها رجعتها . . . إلى آخره »^(٤) .

إذا قذف الزوج الرجعية ، لاعن عنها ، فإنها ملحقة بالزوجات ، ولا يتوقف جريان اللعان على أن يرتجعها ، وليس كما لو ظاهر عنها ، أو آلى ، فإنه إن ظاهر ، لم يصر عائداً ما لم يرتجعها ، ولو آلى ، لم تحتسب المدة ، ما لم تراجع ، وينتجز اللعان في الرجعية انتجازه في الزوجة ، وكل أصلٍ مُقرٌّ على خاصيته وحقيقته .
أما العودُ ، فمناقضه ترك الرجعة وهي محرّمة لا مناقضة فيه ، ومدة الإيلاء لا تحتسب ، فإنها معتزلة عن زوجها ، والمدة مهلٌ يتخير الزوج بين الوطء والترك ، وهذا لا يليق إلا بحال الحلّ .

٩٦٥٦- ثم قال : « ولو بانّت فقذفها بزنا . . . إلى آخره »^(٥) .

ذكر القذف بعد البينونة ، وهذا مما قدمنا ذكره في أثناء القواعد التي مهدناها والأصول التي جمعناها ، ووصلنا بذلك القذف المؤرّخ في النكاح بغيره ، وفي غير

(١) ر . المختصر : ١٤٦/٤ .

(٢) أي من أجل المقذوف ، فليس للمقذوف حقٌّ في طلب الحد أو التعزير إذا قذف الصبي ، وإنما هو التأديب من وليه .

(٣) ت ٢ : بمثابة رياضة للصبي .

(٤) السابق نفسه .

(٥) ر . المختصر : ١٤٧/٤ .

النكاح بالنكاح ، فلا حاجة إلى إعادة ما مضى ، وَوَصَلَ بِمَا ذَكَرَهُ^(١) من القذف بعد البينونة القذف في النكاح الفاسد ، وهو مما تقدم أيضاً ، وفيه مَقْنَع تام ، وقد قدمنا قذف الرجعية واللعان عنها .

٩٦٥٧- ولو ارتد الزوج والزوجة مدخولاً بها ، فقذفها في الردة ، فإن لم يلاعن ، وعاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، أمكنه أن يلاعن ؛ فإن النكاح قائم .

وإن لاعن في الردة ، نُظِرَ : فإن أَصَرَ^(٢) حتى انقضت العدة ، فقد بيّن أن اللعان وقع في حالة البينونة ، فإن كان ثمّ ولدٌ نفاه ، فاللعان ثابت ، والحد يندفع بجريان اللعان ، كما قدمنا ذكره .

وإن لم يكن ولدٌ ، فقد ذكر الأصحاب وجهين في أن الحد هل يندفع بذلك اللعان ، وقد بيّن أنه وقع بعد ارتفاع النكاح ؟ وكان شيخي يبني هذا على تردد الأصحاب في أن الجارية في العدة بسبب اختلاف الدين سبيلها إذا بان ارتفاع النكاح سبيل الرجعية أم سبيل البائنات ؟ وقد ذكرنا تقدير ذلك في كتاب النكاح .

والوجه عندنا تقريبٌ هذا من الخلاف الذي ذكرناه فيه إذا قذف زوجته في نكاح ظنه صحيحاً ، ثم بان فسادُه ، وقد لاعن على ظن الصحة ، ووجه التقريب بيّن .

ثم الأصحاب أطلقوا القول بأن المرتد يلاعن ، وإن كنا نجوز أن يصّر على الردة . ويمكن فرض هذه المسألة فيه إذا التعن ولم نشعر بردّته ، حتى يقال : إن علمنا كونه مرتدّاً ، نأمرها^(٣) بالتوقف ، ولم يصّر إلى هذا أحد من الأصحاب ، مع إمكان ي ١٨٥ الاحتمال/ فيه .

٩٦٥٨- ثم ذكر الشافعي رحمه الله : أن الرجل إذا قذف امرأته بالإتيان في الدبر ، وأثبت اللعان^(٤) ، وأخذ المزني يتعجب ، وليس هذا موضع التعجب ؛ فإن الشافعي

(١) ت ٢ : وَوَصَلَ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْقَذْفِ .

(٢) ت ٢ : أخر . والمعنى أَصَرَ عَلَى الرَّدَةِ (أو أخر العودة إلى الإسلام) حتى انقضت العدة .

(٣) ت ٢ : حتى يقال : إن علمنا كونه مرتدّاً ولم نأمرها بالتوقف .

(٤) ر . المختصر : ١٤٧/٤ .

بنى هذا على الأصح في أن هذه الفعلة لو تحققت ، وجب بها حدُّ الزنا ، وكل ما يتعلق به حد الزنا إذا وقع يتعلق بالنسبة إليه حدُّ القذف . ثم إذا كان قذفُ الزوج موجِباً حدَّ القذف ، [فلا استبعاد في جريان اللعان ، وسيأتي الكلام في ألفاظ القذف]^(١) في باب منفرد بعد هذا ، إن شاء الله عز وجل .

فصل في

قال : « ولو قال لها : يا زانية بنت الزانية . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٦٥٩- إذا قال لامرأته ، وأمُّها حرة مسلمة ، على ظاهر صفات المحصنات : يا زانية بنتُ الزانية ، فعليه حدان ؛ لأنه أتى بكلمتين مختلفتين ، كلُّ واحدةٍ منهما قذفٌ صريح في حق محصنة ، فكان كما لو قال لزوجته : أنت زانية ، وأمك زانية .

ولو قال لمنكوحتين أو أجنبيَّتين : أنتما زانيتان ، ففي تعدد الحدِّ قولان سيأتي ذكرهما : أحدهما - أنه لا يجب إلا حدُّ واحد ، والفرق أن الكلمة متحدة في المسألة^(٣) الأخيرة ، وعلى اتحادهما التعويلُ على هذا القول ، ولا نظر إلى تعدد المعنى .

ولو قال في مسألتنا : أنتِ وأمك زانيتان ، فقد رتب أصحابنا هذا على ما لو قال لأجنبيَّتين^(٤) ، أو منكوحتين : « أنتما زانيتان » . إن قلنا : يلزمه هناك حدان ، فهاهنا أولى ؛ لأن موجِب القذف يختلف في الأجنبية والمنكوحة ، ولا يختلف في المنكوحتين والأجنبيَّتين .

وإن قلنا في الزوجة والأجنبية يلزمه حد واحد ، فإن لم يلاعن حدَّ لهما حداً واحداً إذا اتحدت الكلمة ، وإن لاعن بقذفها ، سقطت طلبُتها ، والحدُّ باقٍ للأُم ؛ لأن اللعان حجةٌ خاصة أثرها في قذف النكاح ، فإن قيل : هلا كان لعانه شبهةً ؛ فإن الحد واحد

(١) ما بين المعقفين زيادة من (ت ٢) .

(٢) ر . المختصر : ١٤٧/٤ .

(٣) في الأصل : أن الكلمة متحدة في « مسألة » الأخيرة ، هكذا بدون [أل] وهذا أحد المظاهر الدالة على آثار عجمة قديمة في لسان الناسخ .

(٤) ت ٢ : لأختين .

لا ينقسم ؟ قلنا : لم يتعرض الزوج في لعانه لزنا الأم ، ولو تعرض له ، لكان باطلاً ، وليس اتحاد الحد على حقيقته ، إنما هو على مذهب التداخل ، وهذا ينافي حقيقة الاتحاد ، وما ذكرناه فيه إذا قال لزوجته وأمها أنتما زانيتان .

فأما إذا قال : يا زانية بنت الزانية ، فقد ذكرنا أن الحد يتعدد قولاً واحداً ، ثم طلب حد الأم إليها ، أو إلى من تستنبيه ، وحق البنت مفوض إليها .

٩٦٦٠- واختلف أصحابنا في تقديم إحداهما على الأخرى : فمنهم من قال : لا يثبت لواحدة منهما حق التقديم بعد ما قذفهما .

وكذلك لو قذف شخصين ، فرتب أحدهما على الثاني ، فإنه صار بكل قذف مستوجباً للحد ، فلا أثر للتقدم والتأخر ، وهو كما لو أتلّف مألّين على شخصين في زمانين ، فلا يتقدم أحدهما ، ثم هذا القائل يقول : إذا جاءتا تطلبان ، فلا وجه إلا الإقراع بينهما .

ومن أصحابنا من قال : الأم هي المقدمة ؛ لأن حدها بعيد عن السقوط ، وحدّ البنت يسقط باللعان ، فكان الحد المتأكد أولى بالتقديم ، واعتل بعض الأصحاب بحرمة الأم ، وهذا لا حاصل له .

ومن أصحابنا من قال : البنت مقدّمة ، لأن الزوج بدأ بذكرها ؛ إذا^(١) قال : يا زانية ، فثبت الحد لها أولاً ، ولا بُعد في التقديم ، بهذا السبب في العقوبات ، ولذلك نقول : من قتل / رجلين على الترتيب ، فهو - [على الترتيب]^(٢) - مسلّم إلى أولياء القتيل الأول ، وهذا [أبعد ترجيح]^(٣) ؛ فإن المحل يفوت بالتسليم إلى أولياء الأول ، فإذا كانت البداية تؤثر والحالة هذه ، فلا بُعد في تأثيرها في حد القذف .

والذي يوضح ذلك أنا إذا حَدَدْنَاهُ لا نوالي عليه ، بل نمهل رَيْثماً يبرأ جلدّه ، وفيه تأخير الحد الثاني .

(١) إذا : بمعنى (إذ) .

(٢) زيادة من (ت ٢) .

(٣) في النسختين : وهذا إلى ترجيح . والمثبت تصرف من المحقق ، على ضوء السياق .

ثم بنى الأصحاب على ما ذكره أنه لو قذف أجنبيتين بكلمتين ، فهل تُقدّم المذكورة أولاً بحق الحد ؟ فعلى ما ذكرناه .

ولو قدم ذكرَ أم زوجته ، ونسبها إلى الزنا ، ثم ذكر زوجته ، انقذ وجهان : أحدهما - القرعة ، وهو حكمٌ بالاستواء .

والثاني - أن الأم مقدمة لتقدم ذكرها في القذف ، ولحرمتها .
ولا يكاد يخفى التفريع ، وترديد الصور على من أحاط بالمعاني المعتمدة .

٩٦٦١- ثم قال : « ومتى أبى اللعان . . . إلى آخره »^(١) .

قد ذكرنا أن الشبه الظاهر في اللعان من الشهادة أن النكول عنه لا يمنع العود إليه ، فلو امتنع الزوج عن اللعان ، ثم رغب فيه لما هممنا بإقامة حد القذف عليه فليتعن ، والمرأة لو امتنعت عن اللعان ، ثم رغب فيه لما هممنا بإقامة حد الزنا عليها ، فلها أن تلتعن .

قال الشافعي رحمه الله : لو امتنع الزوج وأقمنا عليه معظم حد القذف ، [ولو لم]^(٢) يبق إلا سوطاً ، فإذا قال : دعوني ألعن ، تركناه حتى يلعن ، وكذلك لو أقمنا على المرأة معظم حد الزنا ، وكانت بكرًا ، فرغبت في اللعان تركناها .

ولعلّ السبب في ذلك - بعد الإجماع - أن الزوج يأتي باللعان إتيان المدعي بالبينة ، وإن كان لا تطلب منه ، ويؤثر لعانه في إثبات الحد عليها ، فلما لم يقف اللعان على العرض والطلب ، لم يسقط بالنكول ، وشابه البينة من هذا الوجه .

وحق الناظر في الأشباه أن ينظر إلى أخصها ، والنكول عن اليمين امتناع عن المطالبة بها ، [فقرب]^(٣) أخذ حكم النكول من الطلب من طريق الشبه .

وهذا تردُّ عليه أيمان القسامة ، واليمين مع الشاهد ، ويمينُ الرد ، وللأصحاب

(١) ر . المختصر : ١٤٨/٤ .

(٢) في الأصل : « أولم يبق » .

(٣) في الأصل : فضرِب .

كلامٌ في [النكول]^(١) عن هذه الأيمان ؛ من حيث إنها تجري من غير طلب من الخصم [فيها]^(٢) ، وستأتي أحكامها مشروحة ، إن شاء الله عز وجل .

٩٦٦٢- وإذا أقمنا حدَّ القذفِ على الزوج ، فقال : أنا ألتعن ، لم يُمكن . قال الشيخ القفال : لم يفصل الأصحاب في هذا بين أن يكون ثمَّ ولد وبين ألا يكون .

والصواب عندي^(٣) أن نقول : إن لم يكن ولد ، فالجواب كذلك ؛ فإنه لا فائدة في اللعان بعد إظهار تكذيبه بإقامة الحد عليه ، فأما إذا كان ثمَّ ولد ، فالوجه أن يلاعن وإن أقيم الحد عليه .

فحصل إذاً في هذا [الطريق]^(٤) نقلُ القفال عن الأصحاب أنه لا يلاعن ، ووجهه أن القذف سقط أثره بإقامة الحد ، فكأن الزوج بعد^(٥) الحد ليس قاذفاً ، والقذف لا بد منه في نفي الولد ، كما سيأتي شرح ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

وأختار^(٦) أن يلاعن ؛ لظهور الغرض في نفي النسب ، والقذف وإن أقيمت عقوبته ي ١٨٦ كائنٌ ، ولو قيل : تأكد القذف بالحد لم يكن بعيداً ، فإن الذي يلاعن يُخرج نفسه / عن كونه قاذفاً .

ثم ذكر الشافعي رحمه الله بعد هذا القذف في النكاح الفاسد ، والتفصيل فيه إذا كان ولد أو لم يكن ، وتعرض لمحااجة أبي حنيفة ، وذكر بعده الردَّ عليه في لعان الذمي والعبد ، وقد تقدم جميع هذا .

(١) في الأصل : النزول .

(٢) في الأصل : منها .

(٣) عندي : القائل هو القفال ، وهذا حكاه عنه الرافعي متابعاً للإمام .

(٤) في الأصل : الطرف .

(٥) ت ٢ : بُعِيد .

(٦) وأختار : يمكن أن تقرأ بهمزة الوصل ، فيكون الذي اختار هو القفال الذي فصل الكلام في المسألة ، ويمكن أن تقرأ بهمزة القطع ، فيكون الذي اختار هو إمام الحرمين . وهذا ما رجحته ، لأنه الأقرب لأسلوب الإمام عندما ينقل أو يتحدث عن شيوخ المذهب ، فإنه لا يتحدث بضمير الغائب ، وإنما يذكرهم بألقابهم وكناهم وأسمائهم . ثم ساعدني على ذلك ما وجدته عند الرافعي ، إذ قال : إن هذا اختيار الإمام . (ر . الشرح الكبير : ٣٩٢ / ٩) .

فَصْلُكَ^(١)

٩٦٦٣- قد ذكرنا أن النسب الذي يتعرض للثبوت في النكاح الصحيح أو الفاسد يُنفى باللعان ، فكذلك لو فرض تعرض نسب للثبوت بسبب وطء شبهة ، فاللعان ينفيه .

فأما النسب الذي يلحق بسبب ملك اليمين ، فالمذهب الذي عليه التعويل أنه لا سبيل إلى نفيه باللعان .

وقال أحمد بن حنبل ألا تعجبون من أبي عبد الله ، يقول : [يلاعن]^(٢) الرجل عن أم ولده ، فمنهم من قال : أراد مالكا^(٣) ، فإنه يُكنى بعبد الله ، ومنهم من قال : أراد الشافعي^(٤) ، وأثبت هذا قولاً عنه ، وقال : للمولى أن يلاعن عن الأمة وأمّ الولد ، فحصل إذاً قولان على رواية أحمد بن حنبل : أحدهما - لا يلاعن [عن الأمة ،] وهو المذهب^(٥) ؛ لأن نص القرآن في الزوجات والأزواج ، ولا مجال للقياس .

والذي يجب التنبيه له أن الشافعي في إثبات اللعان بنفي النسب في النكاح الفاسد حاد عن النص^(٦) بعض الحيد ، ولكنه وجد مستمسكاً قوياً^(٧) في الشبه ، مأخوذاً من مثل مسلكه^(٨) في إلحاق الشيء بالشيء لكونه في معناه ، وأما ملك

(١) في نسخة (ت ٢) : (فرع) مكان فصل .

(٢) في الأصل : يقول : عن الرجل أم ولده . (سقط نصف كلمة يلاعن) .

(٣) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٧٩٠ / ٢ مسألة ١٤٨٠ ، عيون المجالس : ١٣٣٤ / ٣ مسألة ٩٣١ . وحاشية العدوي : ٩٩ / ٢ .

(٤) ومنهم من قال : أراد سفيان (الثوري) وضعف الروياني هذا قائلاً : روي عن أحمد : « ألا تعجبون من الشافعي » فهذا قطع للتردد . (ر . الشرح الكبير : ٣٧٩ / ٩) .

(٥) عبارة (ت ٢) : قولان على رواية أحمد بن حنبل أنه يلاعن عن الأمة وهو المذهب ، والمثبت عبارة الأصل بزيادة (عن الأمة) من (ت ٢) .

(٦) يقصد بالنص الذي حاد عنه الشافعي نص القرآن ، لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح ، ونص القرآن وارد في الأزواج والزوجات .

(٧) ت ٢ : قريباً .

(٨) ت ٢ : مذهبه .

اليمين ، فإنه نأى عن النكاح بعيداً ، فضَعُفَ تقدير اللعان .
ثم إن لم نثبت اللعان - وهو الرأي - فإذا أقر السيد بوطء أمته ، فأتت بولد لزمان
يحتمل أن يكون من الوطاء المقرّ به ، فالنسب يلحق ، ولا دفع باللعان ، وتفصيل
القول في هذا سيأتي في كتاب الاستبراء ، إن شاء الله عز وجل .
ولو ادعى السيد أنه استبرأها بعد أن وطئها ، ثم أتت بالولد لزمانٍ يحتمل أن يكون
العلوق به بعد الاستبراء ، فتفصيل المذهب في هذا مما لا نرى الخوض فيه إذا لم يكن
ملك اليمين مترتباً على نكاح ؛ فإن ذلك يتعلق بأصول الاستبراء ، والذي نذكره هاهنا
يترتب ملك اليمين على النكاح فيه إذا اشترى الرجل زوجته .

٩٦٦٤- فنقول : إذا اشترى زوجته الأمة ، وأتت بولد لأقل من أربع سنين ، ولم يُقرّ
بوطئها في ملك اليمين ، فله النفي باللعان - وإن كنا لا نرى إجراء اللعان فيما يتعلق بملك
اليمين على الخصوص - والسبب فيه أنه لو أبانها ، فأتت بولدٍ ، فأراد نفيه باللعان^(١) ، مُكِّن
منه ؛ فملك اليمين لا ينقص عن زمان بينونة ، وتحقيقه أن اللحق [بسبب]^(٢) النكاح
وتوقع العلوق فيه ، فإذا كان اللحق بسبب النكاح ، فاللعان يترتب على النكاح .
وإن هو أقرّ بوطئها في ملك اليمين ، وأتت بولدٍ لأقل من ستة أشهر من يوم الوطاء
المقرّ به ، فلا حكم للإقرار بالوطء^(٣) ، والمسألة كما قدمناها .
وإن كان لأقل من أربع سنين^(٤) ، فهو منفي عنه باللعان . فإن كان لأكثر من أربع
سنين من يوم الشراء ، ولأقل من ستة أشهر من وقت الوطاء المقرّ به ، فالولد منفي من
غير لعان^(٥) .

(١) ت ٢ : فأراد نفيه باللعان لم يكن منه .

(٢) في الأصل : بنسب .

(٣) واضح أن الكلام مبني على ما هو مقرر عند الفقهاء من أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، فإذا جاءت
بالولد لأقل من ستة أشهر بعد الوطاء في ملك اليمين ، فمعنى ذلك القطع بأنها حملت به قبل
هذا الوطاء ، فيكون إلحاق الولد مستنداً إلى النكاح لا إلى ملك اليمين . فجاز نفيه باللعان .

(٤) جرياً على أن أكثر مدة الحمل عندنا أربع سنين ثم هي في ت ٢ (لأقل من سبعة أشهر) .

(٥) لأنه لا احتمال لتعرضه للشبوت بالنكاح ، نظراً لما هو مقرر من المدة المحددة لأقل الحمل
وأكثره .

وإن أتت به لأكثر من أربع سنين من يوم الإقرار بالوطء ، فهو منفي عنه بلا لعان^(١) .

وإن أتت بالولد لستة أشهر فصاعداً من يوم الإقرار بالوطء ، فهو ملتحق به ، إلا أن يدّعي استبراءً وتأتي/ به لستة أشهر من انقضاء الاستبراء ، فإن أتت به لأقل من ستة ١٨٦ ش أشهر من يوم الاستبراء^(٢) ولستة أشهر فصاعداً من يوم الإقرار بالوطء ، فهو ملحق ، فلا حكم للاستبراء ؛ لأننا علمنا أن ما رآته من الدم ، كان على الحمل .

٩٦٦٥- فإن قيل : إذا أقر بوطئها ، فأنت بولدٍ لستة أشهر من يوم الوطء ، ولأقل من أربع سنين من يوم الشراء ، قُلتُم : يلحقه بحكم اليمين ولا يملك النفي باللعان ، ومن الجائز أنها علقت به في النكاح قبل الشراء ، فهلا^(٣) أثبت النفي [باللعان]^(٤) لهذه الجهة من الاحتمال ؟

قلنا : وإن احتمل العلوق في النكاح ، فالوطء بعده قطع حكم النكاح ، وصير المملوكة مفترشة بملك اليمين ، فلئن جُوز نفي ولد النكاح ، فالتفريع على أن ولد ملك اليمين لا ينفي ، وقد ثبت فراش ملك اليمين ، فنسخ هذا الفراش ذلك الفراش في المعنى الذي نحن فيه .

وإذا اعتدت المرأة عن طلاق ، ونكحت زوجاً ، وأتت بولد بعد النكاح الثاني لستة أشهر من النكاح الثاني ، وأقل من أربع سنين من انقطاع النكاح الأول ، فالولد ملحق بالزوج الثاني ، وإن احتمل أن يكون العلوق به من الأول^(٥) .

(١) للقطع عقلاً بأنها حملت به بعد الوطء الذي مضى عليه أربع سنين ، فهو غير متعرض للثبوت أصلاً .

(٢) فهذا يقين أنه كان حاملاً مستكناً قبل الاستبراء ، لاستحالة العلوق والولادة في أقل من ستة أشهر .

(٣) ت ٢ : فهلا أثبت بالنفي منه الجهة من الاحتمال .

(٤) زيادة من المحقق . والمعنى : لم لا يثبت النفي باللعان في هذه الصورة ما دام احتمال كونه العلوق في زمن النكاح .

(٥) أتى بهذه الصورة تأكيداً وتديلاً على صحة قوله في الصورة السابقة .

ولو أقر بوطئها في ملك اليمين ، وادعى استبراءً بعد الإقرار بالوطء ، فأتت بالولد لسته أشهر من انقضاء الاستبراء ، ولأقل من أربع سنين من وقت الشراء قال ابن الحداد : ينتفي النسب بلا لعان ؛ وذلك أن فراش ملك اليمين ثبت بالإقرار بالوطء ، وانقطع أثر النكاح ، ثم انقطع النسب في ملك اليمين بدعوى الاستبراء وإتيان الولد بعد الاستبراء^(١) لسته أشهر فصاعداً ، وتابع معظم الأصحاب ابن الحداد .

قال الشيخ أبو علي : من أصحابنا من قال : إذا انتفى النسب لأجل دعوى الاستبراء في ملك اليمين ، فيلحق بحكم النكاح إذا أتت به لزمانٍ يُحتمل أن يكون العلوق به من النكاح ؛ فإن الأمة وإن صارت فراشاً بالوطء ، فلا يقوى فراش ملك اليمين على نسخ حكم النكاح السابق بالكلية ، والدليل عليه أن من وطى معتدة بشبهة ، فلا نقول : إذا^(٢) أمكن إلحاق الولد بالثاني لا نلحقه بالأول ، بل يتعرض [ثبوت]^(٣) الولد لهما ، وهو في مجال القيافة .

وهذا الوجه الذي ذكره الشيخ غريب ، والمذهب ما اختاره ابن الحداد .

* * *

(١) ت ٢ : بعد الأربع سنين لسته أشهر .

(٢) ت ٢ : فلا نقول : إذا أمكن إلحاق الولد الثاني يلحقه الأول ، بل سيتعرض الولد لهما . . . إلخ .

(٣) زيادة لإيضاح الكلام .

باب أين يكون اللعان

٩٦٦٦- مقصود الباب ذكر ما يُؤكِّدُ اللعان به ، وهو أربعة أشياء : الألفاظ ، والمكان ، والزمان ، وعددُ من الناس .

فأما الألفاظ ، فهي خمسة في الجانبين ، وسيأتي شرحها في باب .

فأما الزمان ، فليقع اللعان بعد العصر قال الله تعالى : ﴿ تَحْسُبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ ﴾

[المائدة : ١٠٦] قيل في التفسير : أراد صلاة العصر ، وإن لم يظهر ضررٌ في التأخير ، ولم

يثبت طلبُ حثيثٍ يمنع منه ، أخرناه إلى يوم الجمعة ، فإنه معظمٌ في النفوس ، وروى

أبو هريرة في حديثٍ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في يوم الجمعة ساعة لا يوافقها

عبد مسلم يصلي يسأل الله شيئاً إلا أعطاه إياه »^(١) ، قال كعب الأحبار : هي بعد / ١٨٧ ي

العصر ، فقال أبو هريرة : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا صلاة بعد العصر »

فقال كعب : أليس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن العبد في صلاة ما دام ينتظر

الصلاة » ، أشار إلى أنه بعد العصر في انتظار المغرب ، فهو في حكم المصلي .

« وكتب إلى عمر رضي الله عنه في جارية ادّعى عليها القذف ، فأنكرت ، فكتب في

الجواب : احبسوها إلى ما بعد العصر ، ثم حلفوها ، ففعل فاعترفت »^(٢) .

فهذا بيانُ الزمان .

وأما المكان ، فليقع اللعان في أشرف المساجد وأحراها بالتعظيم ، فإن كانت

الواقعة في الحرم ، فبين الركن والمقام ، وإن كان بالمدينة ، فبين المنبر ومدفن

المصطفى صلى الله عليه وسلم ، وهو الروضة ، وإن كان في القدس ، فعند الصخرة ،

وفي سائر البلاد في المسجد الجامع في المقصورة .

(١) حديث أبي هريرة متفق عليه (البخاري ، الجمعة ، باب الساعة التي في يوم الجمعة ، ح ٩٣٥ ، مسلم : الجمعة ، باب في الساعة التي في يوم الجمعة ، ح ٨٥٢) .

(٢) أثر عمر رضي الله عنه لم نقف عليه .

وأما العدد فإننا نأمر بإجراء اللعان على رؤوس الأَشْهاد ، فينبغي أن يكون الذين شهدوا غير ناقصين عن عدد بينة الزنا ، وهم الذين نُؤثر أن يشهدوا حدّ الزنا ، تأسيّاً بقوله تعالى : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ [النور : ٢] .

٩٦٦٧- فأما التغليظ بالزمان والمكان ، فمستحق أو مستحب ؟ فعلى قولين ، ولا اختصاص للقولين في المكان والزمان باللعان ؛ فإن كلّ أمرٍ له خطرٌ كالدماء ، والفروج ، والمال إذا بلغ نصاب الزكاة ، فتغليظ الأيمان في جميع ذلك في المكان والزمان يخرج على القولين .

وأما التغليظ بحضور جمع من الناس ، ففيه طريقان : من أصحابنا من يراه كالتغليظ بالمكان والزمان ، ومنهم من قطع بأنه مستحبٌ غيرٌ مستحق .

وقد ذكر بعض الأصحاب في التغليظ بالزمان طريقين أيضاً : أحدهما - القطع بأن التغليظ به مستحب ، فعلى هذا يجري القولان في المكان .

فأما تغليظ الأيمان بالأمور الخطيرة بالفاظ اليمين ، فسيأتي مشروحاً في أدب القضاء .

ولا خلاف بين الأصحاب أن كَلِمَ اللعان لا بدّ منها ، كما سنصفها على الاتصال بهذا .

وإن كنا نحلف كافراً ، فقد قال الأصحاب : نحلفهم في البقاع التي يعظمونها ، كالكنائس والبيع ، فنأتيها ، ونحلفهم فيها .

واختلف أصحابنا في أن المجوس هل يحلفون في بيوت النيران : فمنهم من قال : لا نحلفهم فيها ، فإنه لا أصل^(١) لتعظيم النيران ، وبيوتها كمقارّ الأصنام .

ولم يختلف الأصحاب أنا لا نأتي بيوت الأصنام إن أمكن تصوُّرها في طرف بلاد الإسلام ، فأما الكنائس والبيع والصوامع ؛ فإنها محالّ العبادات على الجملة .

واختلف الأصحاب في التغليظ بهذه الأسباب على الزنديق فمنهم من قال : لا معنى للتغليظ عليه ، وهو لا يعبأ به شيئاً .

(١) ت ٢ : لا وقع لتعظيم النيران وبيوتها لزمان الأصنام .

٩٦٦٨- ولكن لا بد من أصل كلمات اللعان لإقامة الخصومة على قاعدة الشرع ، ولئن أُكِّدت^(١) الألفاظ باللعن في حق المسلمين ، فالزندق به أولى .

ثم إن الشافعي لما ذكر التغليظ بالمكان قال في الحائض المسلمة : تلاعن على باب المسجد ، وذكر أن المشركة تلاعن في المسجد ، فاعترض المزني^(٢) وقال : المشركة قد تكون حائضاً ، وهي شرٌّ حالاً من المسلمة الحائض / وهذا مما قدمنا الاختلاف في ١٨٧ ش أصله في كتاب الصلاة ، فإن أصحابنا اختلفوا في أنا هل نمكّن المشرك الجنب من دخول مساجدنا : فمنهم من قال : لا نمكّنه ، ومنهم من قال : نمكّنه ، لأنه لا يؤاخذ بتفصيل عقد الإسلام في تعظيم الشعائر ، وهذا نُجْرِيه في المشركة ، فإن علمنا كونها حائضاً ، وخفنا تلويث المسجد ، منعناها ، وإن لم نخف التلويث ، خرج على الخلاف الذي قدمناه .

* * *

(١) ت ٢ : ولئن اتحدت الألفاظ .

(٢) ر . المختصر : ١٥١/٤ .

باب

سنة اللعان ونفي الولد وإلحاقه بالأم وغير ذلك

٩٦٦٩- غرض الباب أن قضايا اللعان : درء الحد عن الزوج ، ونفي الولد ، ووقوع الفرقة ، وتأبّد التحريم ، وكل ذلك يتعلق بلعان الزوج وحده ، لا حاجة في شيء منها إلى لعانها ، ولا إلى قضاء القاضي ؛ فإننا نحتاج إلى لعانها في إسقاط الحد عنها فحسب ، وأبو حنيفة^(١) يخالف في ذلك ، وقال : قضايا اللعان تتعلق بلعانهما جميعاً وتتعلق بقضاء القاضي ، وأخذ الشافعي رضي الله عنه يحتج بما قررناه في المسائل .

ثم قال : وإذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : « الله يعلم أن أحكما كاذب !! فهل منكما تائب ؟ » هذا مما نؤثره للقضاة .

ثم إن الرسول حكم بالظاهر ، ولم يتعلق بالأمارات المغلبة على الظنون ، وكان قد ظهرت أمانة دالة على صدق الزوج ، روي أنه عليه السلام قال : « إن جاءت به [أدعج العينين ، عظيم الإليتين ، خدلج الساقين]^(٢) لا أراه إلا وقد صدق عليها » ، فجاءت به على النعت المكروه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « إن أمره لبين ، لولا ما حكم الله به »^(٣)

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٥ ، مختصر اختلاف العلماء : ٥٠٥/٢ مسألة ١٠٥٠ ، المبسوط : ٤٣/٧ ، فتح القدير : ٢٥٣/٣ .

(٢) في الأصل : أدعج ، وفي ت ٢ : أوضح .

وليس في رواية الحديث لفظ من هذين اللفظين (أدعج ، أوضح) ، فعند البخاري في حديث عويمر العجلاني : إن جاءت به أدعج العينين عظيم الإليتين خدلج الساقين ، وفي حديث هلال بن أمية عنده وعند أحمد وأبي داود ، بألفاظ قريبة من هذه ، وهي : إن جاءت به أكحل العينين ، سابغ الإليتين ، خدلج الساقين . (ر . البخاري : كتاب التفسير ، ح ٤٧٤٥ ، ٤٧٤٧ ، وأحمد : ٢٣٩/١ ، وأبي داود : كتاب الطلاق ، باب اللعان ، ح ٢٢٥٦) ولفظ (أدعج) مما رواه الشافعي رضي الله عنه في مختصر المزني : ١٥٢/٤ .

(٣) هذا من معنى حديث البخاري الذي مضى آنفاً ، وهو من نص رواية الشافعي في المختصر أيضاً .

كتاب اللعان / باب سنة اللعان ونفي الولد وإلحاقه بالأم وغير ذلك _____ ٥٥
وروي أنه عليه السلام قال : « لولا الأيمان ، لكان لي ولها شأن »^(١) .

ومما نؤثره تهديد النساء في أمثال ذلك ، فلعلهن يتزجرن ، وقال صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته »^(٢) ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه ، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » ، ومما جاء في تهديد النسوة ما روي في حديث المعراج أنه صلى الله عليه وسلم رأى نسوة معلقات بثديهن ، فسأل جبريل عن حالهن ، فقال : « إنهن اللاتي ألحقن بأزواجهن من ليس منهم »^(٣) . وقال عليه السلام : « اشتد غضب الله على امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، يأكل جرايتهم ، وينظر إلى عوراتهم »^(٤) فنؤثر للقاضي أن يذكر هذه الأشياء حالة إنشاء اللعان ، والهم بنفي نسب متعرض للثبوت .

* * *

-
- (١) هذا في لفظ أحمد وأبي داود المشار إليه آنفاً .
(٢) حديث أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم ، رواه الشافعي ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن حبان والحاكم من حديث أبي هريرة (ترتيب مسند الشافعي : ٤٩/٢ ح ١٥٩ ، أبو داود : الطلاق ، باب التغليظ في الانتفاء ، ح ٢٢٦٣ ، النسائي : الطلاق ، باب التغليظ في الانتفاء من الولد ، ح ٣٤٨١ ، ابن حبان ، ح ٤٠٩٦ ، الحاكم : ٢٠٢/٢ ، وانظر التلخيص ٤٥٣/٣ ح ١٧٧٤) .
(٣) حديث المعراج أنه صلى الله عليه وسلم رأى النساء معلقات بثديهن . . . لم نقف عليه .
(٤) حديث اشتد غضب الله على امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم رواه البزار عن ابن عمر انظر : كثر العمال ، ح ١٣٠٠٢ .

باب كيف اللعان

٩٦٧٠- مقصود هذا الباب بيانُ كَلِمِ اللعان وكيفيةُ صيغها ، وهي بيّنة في كتاب الله تعالى ، فيقول الزوج أربع مرات : أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، وهذا الولد ولد زنا ما هو مني ، إن كان ثمَّ ولد ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليّ إن كنتُ من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ، وتقابله المرأة فتشهدُ أربعَ شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به ، وتقول في الخامسة : غضب الله عليّ/ إن كان من الصادقين فيما رماني به .

وذهب معظم الأصحاب إلى تعيين لفظ الشهادة ؛ وفاء^(١) بحقيقة الاتباع ، وفي بعض التصانيف عن الشيخ أبي حامد أنه لم يُبعد إبدال لفظ الشهادة بالإقسام والحلف أو ترك هذه الصلوات ، فيقول : بالله إنني لمن الصادقين .

والمذهب الظاهر أن اللعنَ في جانب الزوج والغضبَ في جانبها ، فلو استعمل الزوجُ الغضبَ ، والمرأةُ اللعنَ ، فالمذهب أن ذلك لا يجزىء ، وحكى بعض الأصحاب جواز ذلك ، وعزى^(٢) هذا إلى الشيخ أبي حامد .

٩٦٧١- والمذهب أيضاً أنه يجب رعاية الترتيب ، فلا يسوغُ تقديمُ اللعن على سائر الكَلِم ، وكذلك القول في الغضب في جانبها .

ومن أصحابنا من جَوّز ذلك ، وهو يُحكى عن الشيخ أبي حامد أيضاً . ولا خلاف بين أصحابنا أن معظم كَلِمِ اللعان لا يقوم مقام الكل ، وخالف أبو حنيفة^(٣) فيه ، [فأقامه]^(٤) .

(١) ت ٢ : وما يحققه الاتباع .

(٢) عزى : الفعل واوي ويائي .

(٣) ر . المبسوط : ٤٣/٧ .

(٤) في النسختين : فأقام .

ثم يتعلق بإقامة هذه الكلمة ما هو من فن التأكيد ، وفي الحديث : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته على المنبر »^(١) وقد تردد الأصحاب في هذا : فمنهم من قال : كان الملاعن على المنبر ؛ لظاهر الحديث .

ومنهم من قال : لم يكن الملاعن على المنبر . ثم اختلف هؤلاء في معنى الحديث : فقال قائلون : جرى اللعان على المنبر ، وقال آخرون : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر .

ومما نرعه في التأكيد أن الرجل يلاعن قائماً ، فإذا انتهى إلى كلمة اللعن أتاه آت من ورائه ، وقبض على فيه ، وقال صاحب المجلس : اتق الله ؛ فإنها موجبة . ثم تقام المرأة ، فتلتعن ، فإذا انتهت إلى كلمة الغضب أتها امرأة من ورائها ، وقبضت على فيها ، وقال صاحب المجلس : اتقي الله ؛ فإنها موجبة .

فَضْلُكَ

قال : « ولو قذفها برجل ولم يلتعن . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٦٧٢- إذا قذف الرجل امرأته برجل عيَّنه ، ثم لاعن وسماه ، لم يجب عليه الحد لذلك الأجنبي ، وإن كان محصناً على ظاهر الحال .

هذا مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه ، ثم لا يجب حد الزنا على الأجنبي المسمَّى في القذف ؛ إذ لو أوجبنا حدَّ الزنا عليه ، لاقتضى ذلك إثبات اللعان في جانبه ، وهذا لا سبيل إلى القول به ، ولا وجه لالتزامه حد الزنا بلعان الزوج .

ولو سمي الزوج ذلك الرجل في القذف ، ثم لم يتعرض لذكره في اللعان ، ففي

(١) حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته على المنبر ، رواه البيهقي في السنن الكبرى (٣٩٨/٧) من حديث عبد الله بن جعفر ، (انظر التلخيص ٤٦١/٣ ح ١٧٩٠) .

(٢) ر . المختصر : ١٥٦/٤ .

المسألة قولان : أحدهما - أنه يسقط حدّه كما لو سماه ؛ لأنه صدق نفسه في ذلك الزنا باللعان .

والقول الثاني - أنه يُحد للأجنبي لأنه قذفه ، ولم يُقم عليه حجةً على تصديق نفسه . ثم إن فرعنا على هذا القول الأخير فأراد إسقاط الحد عن نفسه ، فإنه يعيد اللعان بكماله ، ويعيد ذكر المرأة قطعاً ، ولا يمكنه أن يقتصر في اللعان المعاد على إثبات الزنا على الأجنبي المسمى .

ثم خلاف أبي حنيفة^(١) مشهور ، ووجه الرد عليه مذكور ، وقد صح أن العجلاني رمى زوجته بشريك بن سحماء ، ولم يسمّه في اللعان ، ولم يتعرض رسول الله صلى الله عليه وسلم لإيجاب الحد عليه .

وينشأ من هذا الذي ذكرناه أصلٌ ، وهو أن من قذف بحضرة القاضي رجلاً ، فهل يتعين على القاضي / أن يُخبر ذلك المقذوف حتى يطلب حقه من حد القذف ؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب التقريب وغيره : أحدهما - أنه يجب ؛ حتى لا يضيع حقٌ مستحق .

والثاني - لا يجب ذلك ؛ لأن العقوبات مبناها على الدرء .

ثم تكلم الشافعي في حديث العسيف على ما سيأتي في موضعه ، إن شاء الله عز وجل ، وفيه أنه قال : « واغد يا أنيس ، فإن اعترفت فارجمها » ولم يكن غرضُ الرسول صلى الله عليه وسلم ببعثه أنيساً أن يستنطقها بما يوجب عليها حدّ الزنا ، وإنما فعل ذلك ليخبرها بحقها في حدّ القذف « فإنّ أبا العسيف قذفها : إذ قال : إن ابني زنا بامرأة هذا »^(٢) .

٩٦٧٣- ثم قال : « وأي الزوجين كان أعجبياً . . . إلى آخره »^(٣) .

إذا كان الزوج أعجبياً ، التعن بلسانه والمترجم يترجم ، ثم اختلف الأئمة في عدد

(١) ر . المبسوط : ٤٩/٧ .

(٢) حديث العسيف متفق عليه ، وسيأتي تخريجه مفصلاً في أوائل كتاب الحدود .

(٣) ر . المختصر : ١٥٩/٤ .

المترجم ، فقال قائلون : ينبغي أن يكونوا على عدد شهود الزنا ، ومن أصحابنا من اكتفى بمرجمين ، وسيأتي ذكر هذا في كتاب الحدود ، إن شاء الله عز وجل^(١) .

* * *

(١) هنا انتهت نسخة (ت ٢) فهذا آخر الأجزاء الموجودة منها ، وهي أجزاء متفرقة غير متتابعة . وقد جاء في نهاية هذا الجزء ما نصه :

« آخر الجزء السابع والعشرون ، وبتلوه - إن شاء الله - باب ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة » .

والحمد لله رب العالمين . صلى الله على سيدنا محمد وسلم تسليماً كثيراً .

باب (١)

ما يكون بعد التعان الزوجين من الفرقة

٩٦٧٤- لعان الزوج يوقع الفرقة ويثبت الحرمة المؤبدة ، فلا يحل للملاعن نكاحُ التي لاعن عنها أبداً ، وهل يستحل وطأها بملك اليمين ؟ فيه اختلافٌ ذكرته ، وهو جارٍ في ثلاث مسائلٍ على ثلاث مراتب : إحداها - إذا ظاهر وعاد ، ثم اشترى التي ظاهر عنها ، ففي استباحة وطئها بملك اليمين قبل التكفير وجهان .

وإذا طلقها ثلاثاً ، واشتراها ، ففي استباحة وطئها بملك اليمين قبل التحليل وجهان .

وإذا لاعن عنها ، فاشتراها طريقان : أحدهما - القطع بأنها لا تستباح بملك اليمين لتأبد الحرمة .

والثانية - أن المسألة فيها على الخلاف .

وخالف أبو حنيفة^(٢) في تأييد الحرمة في خبطٍ من مذهبه معروف .

وكل لعان جرى في غير النكاح لأجل نفي الولد ، ففي تعلّق الحرمة المؤبدة به وجهان ، وهذا يجري في البائنة ، والمنكوحة نكاحاً فاسداً ، واللعان إذا صادف الرجعية ، حرّمها على الأبد ؛ لأنها [في]^(٣) حكم الزوجات ، وهذا من أصدق الشواهد فيما ذكرناه .

(١) سيكون العمل بدءاً من هنا معتمداً على نسخة وحيدة (ت ٦) وسنرمز إليها بـ (الأصل) .

(٢) ر . فتح القدير : ٢٨٨/٤ ، مختصر اختلاف العلماء ٥٠٦/٢ مسألة : ١٠٥١ .

(٣) في الأصل : من .

٩٦٧٥- ثم قال : « وأيهما مات قبل يُكمل^(١) الزوج اللعان . . . إلى آخره »^(٢) .

إذا مات أحد الزوجين قبل التلاعن ، فنقول : إن مات الزوج أولاً قبل أن يستكمل كلمات اللعان ، فالنكاح قائم والورثة باقية ، ووجود تلك الكلم وعدمها بمثابة ، ونسب المولود الذي تعرض [لنفيه]^(٣) ثابت ، ولو أراد ورثة الزوج أن يلتعنوا لنفي ذلك المولود ، لم يجدوا إلى ذلك سبيلاً ؛ فإن اللعان لا يصدر قط إلا من زوج ، فإذا امتنع اللعان منهم ، استحال انتفاء النسب بلا لعان ، وليس هذا كالاستلحاق ؛ فإنهم يحلفون الموروث في الاستلحاق ، كما مضى ذكره في كتاب الأقارير .

والنسب على الجملة يثبت على وجوه ، وليس للنفي وجه غير ما أثبتته الشرع .

فإن ماتت المرأة في خلال لعانه ، فإن كان ثم ولد ، فالزوج يستكمل اللعان لنفيه .

وإن لم يكن / ثم ولد ، وكان القذف في أصله موجباً للحد ، فالحد يثبت موروثاً ١٨٩ ي لولا اللعان ، والزوج من الورثة ، أيضاً .

وهذا يخرج على أصل وهو أن من قذف زوجته ، وماتت الزوجة ، وقضينا بأن إرث الحد كإرث المال ، فالزوج يرث قسطاً من الحد ، وهل يتضمن هذا سقوط جميع الحد ؟ هذا مُرتَّب على ما إذا عفا بعض الورثة عن حقه من الحد ، فهل يسقط حقوق الباقيين ؟ فيه خلاف قدمته .

فإن قلنا : لا يسقط ، فكأننا أثبتنا لكل واحد منهم حد القذف بكماله ، فعلى هذا إذا ماتت الزوجة ، فحد القذف يقام على الزوج - وإن كان من الورثة - فإن ما تقتضيه الوراثة سقوط حق الزوج بجهة الإرث .

وإذا كان إسقاط البعض لا يسقط الحد في الباقيين ، فإذا أتى التبعض من جهة

(١) هذا من خصائص لغة الشافعي ، حذف (أن) المصدرية قبل المضارع . وهو جائز قياساً على قول ، فاختلف في إعراب الفعل حينئذ ، فقليل بوجوب رفعه ، وقيل : يبقى عمل (أن) (ر . الرسالة للشافعي : تعليق الشيخ شاكر على فقرة : ١٦٨ ، وترى أيضاً شواهد على حذف أن ، غير هذه) .

(٢) ر . المختصر : ١٦٤ / ٤ .

(٣) في الأصل : لنفسه .

الاستحقاق المستفاد^(١) من الوراثة ، كان الجواب كذلك إذا قلنا : إسقاط البعض يوجب سقوط حقوق الباقيين ، فالحد يسقط إذا ماتت الزوجة ؛ فإن الزوج قد ورثها^(٢) .

وغرضنا الآن أن الزوجة إذا ماتت في أثناء لعانه ، ولا ولد يُنفى ، فقد ماتت على النكاح ، والحد موروث ، فإن أسقطنا الحد ، ترك الزوج اللعان ؛ إذ لا فائدة فيه . وإن حكمنا بأن الحد باقٍ ، فله أن يكمل اللعان حينئذٍ لدفع الحد .

٩٦٧٦- ثم إن ماتت في الأثناء ، وقرب الزمان وأمكن البناء ، قال القاضي : يبنى على كليم اللعان ، فلا يستأنفها ، فإن طال الزمان استأنف اللعان .

أما البناء في قصر الزمان ، فعلته أن المقصود الذي بُني اللعان عليه [نفى]^(٣) الحد ، وذلك مُستمدّه [لا]^(٤) تبدل فيه - وإن انتهى النكاح نهايته - ويستحيل أن يلزمه الحد لا محالة ، وقد [أنشأ]^(٥) القذف في النكاح ، فلا يجد دفعاً للحد الذي يلتزمه^(٦) ، فبان أن المقصود واحد ، لم يتبدل . وهذا فيه نظر .

وفي كلام الأصحاب [...] ^(٧) من قبل أن مستحق الحد قد تبدل ، فكانت الزوجة هي المستحقة ، وانتقل الاستحقاق منها إلى الورثة .

ويجوز أن يقال : اللعان لا يجري في معارضة استحقاق الورثة ، وإنما يجري لدفع الحد ، من غير نظر إلى من يستحق ؛ إذ لو كنا ننظر إلى المستحق ، لأبطلنا اللعان بالموت قبل تمام الكلمات من الزوج ، فإذا لم نحكم ببطلان اللعان مع القطع بأن

(١) في الأصل : الاستحقاق من المستفاد... إلخ .

(٢) فعلى هذا يترك الزوج بقية اللعان .

(٣) في الأصل : ففي .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : أنشأ .

(٦) المعنى : أنه التزم الحد بقذف أنشأه في النكاح ، وهذا هو الذي شرع الله اللعان لدفعه .

(٧) مكان كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) وقد رسمت هكذا : (تشبييت) تماماً رسماً ونقطاً .

اللعان لا يتعلق بغير الزوجة ، دل أن وراثة الورثة لا تغير حكماً ، ولا تثبت لكلمات اللعان حكم التقطع .

فإذا فرض ابتداء اللعان بعد موت الزوجة ، فمعتمد اللعان انتفاء الحد من أصله^(١) ، وليس يتضمن قطع حدٍّ وجب ؛ فإن الحد الواجب لا يدرؤه إلا إبراء المستحق ، فوضح أن مستند اللعان هذا ، وذلك لا يختلف بتبدل المستحق ، فليقع التعويل عليه ، وما عداه من الإحواج إلى ابتداء اللعان ظنٌّ من بعض الأصحاب لا يلحق بالمذهب .

هذا إذا حصل الموت في أثناء كلم اللعان ، وأراد الزوج البناء على الاتصال .

٩٦٧٧- فأما إذا تخلل [فصل]^(٢) فكيف السبيل فيه ؟

نُقدم عليه [أصلاً فنقول :]^(٣) إن كلمات اللعان لو انقطعت بفصول متخللة وفاقية ، فهل نحكم بتقطّعها حكماً/ وبطلانها ؛ حتى [نقول]^(٤) : يجب إعادتها ، أم يجوز ١٨٩ ش البناء [عليها]^(٥) والاعتداد بما مضى ؟

فيه تردّد للأصحاب ، وكذلك ذكر هذا التردّد في أيمان القسامة إذا تخللها فصلٌ يقطع تواصلها .

وتحقيق القول في ذلك أن كلم اللعان لا بد منها ، والاقتصار على بعضها إعراض عن طريق الاتباع ؛ حيث لا مسلك إلا الاتباع .

فأما إبدال لفظ الشهادة بغيره ، [فقد]^(٦) ظن بعض الأصحاب توهين الأمر فيه ؛

(١) المعنى أن غرض اللعان نفى وجوب الحد أصلاً ، وليس قطع حدٍّ وجب للزوجة ، ثم انتقل إلى ورثتها . فإن الحد إذا وجب لا يدفعه إلا الإبراء من المستحق ، فاللعان دافعاً لحدٍّ وجب ، نفى لوجوبه أصلاً . ومن هنا كان وجه البناء على ما مضى من الكلمات إذا ماتت الزوجة .

(٢) في الأصل : فعل .

(٣) ما بين المعقفين زيادة اقتضاها السياق .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : فيها .

(٦) في الأصل : فما . والمثبت من المحقق .

لقرب المعنى والمقصود ، وهذا غير صحيح ، والوجه التزام صيغ الكلم ، وفاءً بحق الاتباع .

وعكسُ كلمات اللعان وتركُ ترتيبها في معنى إبدال لفظ الشهادة بغيره .

فأما الولاء ، فهو الأصل ، وإن فرض تقطع فالإتيان بالكلم ظاهرٌ ، وقد نفهم من الولاء مزيدَ تأثير في التغليظ ، فكذلك القول في القسامة ، فليس أثر المولاة بين خمسين يميناً بمثابة أثر خمسين يميناً في خمسين مجلساً ، فيمكن حمل هذا التردد على ما يتعلق بالتعظيم والتفخيم [كإجراء] ^(١) اللعان في مشهد وإيقاعه في مكان مخصوص ، وزمانٍ مخصوص ، ولسنا ننكر أن تأثير الولاء أظهر من تأثير المكان والزمان ، لاختصاصه بعين الكلم ، وليس ترك الولاء في معنى ترك اللفظ أو تبديله .

فهذا مراتب الكلام في ذلك ، ولا يستريب ذو تحصيل أن ما صورناه في التقطيع الوفاقي .

فأما إذا عرض السلطان أيمان القسامة ، وفرض النكول عن بعضها ، فهو نكول محقق ، وللنكول [حكمه] ^(٢) . نعم ، لا يؤثر النكول في اللعان ؛ من جهة أن الزوج لو صرح بالنكول عن اللعان ، ثم رغب فيه مكن [منه] ^(٣) ، فلا فرق بين أن تكون الفصول الواقعة وفاقية قدرية ، وبين أن تكون مترتبة على نكول من الزوج وعود .

٩٦٧٨- ثم قال : « فإن امتنع أن يكمل اللعان ، حُدَّ لها . . . إلى آخره » ^(٤)

هذا بيّن ؛ فإذا كانت محصنة وقذفها ، ثم امتنع عن اللعان حَدَّنَاهُ لها إن كان حُرّاً ثمانين ، وإن كان عبداً ، فأربعين ، وإن قذفها برجل بعينه بكلمة واحدة ، فقال : زنا بك فلان ، فقد ذكرنا أن من قذف شخصين بكلمة واحدة يلزمه حدان أم حدٌ ؟ وسنعيد القولين ، والتفريعُ عليهما .

(١) في الأصل : كأجل .

(٢) في الأصل : حكم .

(٣) في الأصل : فيه .

(٤) ر . المختصر : ١٦٤ / ٤ .

فإن قال لامرأته : زنا بك فلان ، فقد قذف شخصين بكلمة واحدة ، وقد رأى أصحابنا أن يُجروا القولين في هذه الصورة مرتبّين على ما إذا قذف أجنبيين أو أجنبيتين ، وزعموا أن قذف الزوجة بأجنبي أولى بالاتحاد ؛ فإنه نسبهما إلى فعل واحد ، فاقترض ذلك في اتحاد الحد تأكيداً .

وقد يخطر لمن يتمسك بطرق الترجيح أن القذف في حق الأجنبي يخالف حكمه حكم القذف في حق الزوج ، فيعادل هذا الاختلاف ما أشرنا إليه من اتحاد الفعلة ، ويقتضي هذا التعادل الاستواء في المرتبة ، فيقال له : اللعان كما يدفع حدّ الزوجة يدفع حدّ الأجنبي ، فلا اختلاف إذاً من هذا الوجه ، والأمر في ذلك قريب ، بعد جريان الخلاف واطراد القولين .

نعم ، لو قال [الرجل]^(١) وامرأة أجنبيين : زنيّت أنت بهذه ، فاتحاد الحد في هذه الصورة مرتب / على ما إذا قال لأجنبيين : زنيّتما ؛ لما ذكرناه من اتحاد الفعل . ١٩٠ ي
هذا إذا امتنع الرجل عن اللعان .

٩٦٧٩- فلو أكمل اللعان ، وامتنعت المرأة من اللعان ، فنقول : يلزمها الحدّ إذا تحقق امتناعها ، فإن كانت بكرّاً ، جُلِدَتْ وَغُرِّبَتْ ، وإن كانت ثيباً ، رُجِمَتْ .
وإذا كان حدّها بالسياط ، فلا نحدّها في شدة الحر والبرد ، وهذا مطرد في كل حد هو جلدٌ ، على ما سيأتي في الحدود ، إن شاء الله .

وإن كانت محصنة تَوَجَّهَ الرجمُ ، ثم المنصوص عليه : أنا لا نؤخر إقامة الرجم عليها عن شدة الحر والبرد ، ونص الشافعي على أن من أقر بالزنا ، وكان محصناً قال : لا نرجمه في شدة الحر والبرد ، بل يؤخر .

وقال المرتّبون : إن ثبت الزنا بالبيّنة العادلة ، فلا توقّف ؛ فإن الرجم قتلٌ ، ولا محاذرة من الهلاك ، ولا نبني الأمر على إمكان رجوع العدول عن شهاداتهم في أخطر الأمور ، ومن ظن بهم هذا ، فقد حطّهم عن رتبة العدالة ، ولا ينتظم في وضع الشرع بناء الأمر الثابت بشهادة الشهود على خروجهم عن كونهم شهوداً .

(١) في الأصل : الرجل .

٩٦٨٠- فأما إذا ثبت الرجم بالإقرار أو بلعان الزوج للشافعي^(١) نصابان كما حكيناها : نصّه في اللعان أنه لا يؤخّر ، ونصّه في الأقارير أنه يؤخّر ويتوقف ، فاختلف أصحابنا في المسألة على طريقين : منهم من قال : فيهما قولان بالنقل والتخريج : أحدهما - أنا نتأني فيهما إلى مُضيّ الحر والبرد ؛ لأن المقرّ قد يصيبه أحجارٌ ، فيرجع ، والملاعِنُ قد يكون كاذباً ثم يشاهد المرجومة ، فيرقُّ لها ، ويرى تعريضَ نفسه لحد القذف أهونَ مما يتداخله من الرقة عليها .

فإن كان هذا ممكناً ، لم نبتدىء الحد لتوقع ما ذكرناه ، ولا يُقدَّرُ مثلُ هذا في شهادة العدول .

ومن أصحابنا من أقر النصين في اللعان والإقرار قرارهما ، وفرّق بأن المقر هو المرجوم ، فيغلبُ أن يرجع ؛ فإن الرجوع عن الإقرار مما تستحث عليه الطبيعة والشرعةُ ، وهذا في الجملة يبيّن : أما حث الشرع ، فسنذكر في الحدود أنا لا نؤثر للإنسان أن يقر على نفسه بفاحشة ، وقد قال عليه السلام : « من أتى من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله »^(٢) ، وهذا يستحثه والمقر صادقٌ ، ثم يطرد هذا في الرجوع عن الإقرار ، وفيه مسألَتنا ، فأما تكذيبُ الزوج نفسه في كَلِم اللعان ، فهو مما لا نستحث عليه ، ولا نأمر به ، هذه الطريقة المشهورة .

وذكر صاحب التقريب ما ذكرناه وطريقتين أخريين : إحداهما - طرد القولين في شهادة الشهود أيضاً ، بناء على تقدير الرجوع ، سيّما وأدبُ الدين أن يحضروا موضع إقامة الحد ، قال الله : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ ﴾ [النور : ٢] قال معظم المفسرين : أراد شهود الزنا ، فلعل الغرض أن يعاينوا ؛ فإن كان من رَيْبٍ ، رجعوا إذا عاينوا .

والطريقة الأخرى - القطع بأن الثابت بالإقرار لا يؤخّر قولاً واحداً ، والقولان في الثابت بشهادة الشهود واللعان ؛ فإن الإنسان لا يقر بما يوجب هلاكه إلا على ثبَتِ

(١) جواب أما (بدون الفاء) .

(٢) حديث : من أتى من هذه القاذورات شيئاً . . الحديث . رواه مالك في الموطأ (٨٢٥ / ٢) والحاكم في المستدرک (٢٤٤ / ٤ ، ٣٨٣) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٣٥٨ / ٦) ، وانظر التلخيص : (١٠٦ / ٤ ح ٢٠٣٩) .

وتوطئ نفس على ما يلقاه ، فالرجوع بعيداً - وإن كان مقبولاً لو وقع - والشهادة واللعان / في ١٩٠ ش معرض الرئب ، وهذه الطريقة فاسدة مخالفة لما عليه جماهير الأصحاب .

فصل في

٩٦٨١- ثم قال : « وزعم بعض الناس ألا يلاعن بحملٍ . . . إلى آخره »^(١)

أراد أبا حنيفة^(٢) فإن من مذهبه أنه لا يجوز اللعان على الحمل .

مقصود الفصل الكلام في نفي الحمل باللعان ، والترتيب فيه أن الزوج إذا أبان زوجته ، ثم قذفها ، وثم ولد متعرض للثبوت ، فقد ذكرنا أن للزوج أن يلتعن لنفي النسب ، فلو كان بها حمل ، وقد ظهرت الأمانة ، فقذفها ، وأراد نفي الحمل باللعان ، فهل له ذلك ؟ فعلى قولين : أحدهما - له النفي ؛ فإن حكم اللحق يثبت في الحمل ، كما يثبت في الولد المنفصل ، فأشبه الحمل الولد المنفصل .

والثاني - لا يلتعن ؛ فإن الحمل غير مستيقن ، واللعان خطره عظيم ، فلا يسوغ الإقدام عليه بما ليس مستيقناً .

وبنى بعض أصحابنا القولين على القولين في أن الحمل هل يُعرف ؟ وقد أطلق الأئمة في ذلك قولين ، ونحن نشرحهما في هذا المقام ، ونستعين بالله تعالى .

اتفق العلماء على أن الحمل غير مستيقن ، فكيف يفرض التردد في أن الحمل هل يعرف ؟ وكم من امرأة يبدو عليها مخايل الحمل غير أنه يتبين أن الذي بها ريح غليظة مختنقة في الرحم تجد المرأة لها من [خُبث]^(٣) النفس ، والغثيان ، ورُبَّو البطن ، واحتباس الحيض ، ما تراه الحامل ، ثم تنفُس^(٤) الريح ، وينفتح [. . .]^(٥) الرحم . هذا لا ننكره ، وقد يتفق تورّم في الرحم على نحو ما ذكرناه .

فإطلاق القولين في أن الحمل هل يُعلم لا وجه له ، إلا أن يُحمل على التعبير عن

(١) ر . المختصر : ١٦٥ / ٤ . وفي الأصل : ألا يلاعن الحمل . والتصويب من المختصر .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٥١٠ / ٢ مسألة ١٠٥٦ ، المبسوط : ٤٤ / ٧ .

(٣) في الأصل : « حيث » .

(٤) تنفُس من نفْس ينفُس : أي انتشر وتفرق بعد تماسك (المعجم) .

(٥) مكان كلمة غير مقروءة قبل كلمة (الرحم) .

الأحكام التي تنفي وتثبت ، فعلى هذا تكون العبارة مائلةً عن النظم السديد ؛ فإننا إذا قلنا في هذا الحكم مثلاً : الحمل هل يُنفى باللعان ؟ فعلى قولين بناءً على أن الحمل هل يُعلم ، رجع حاصل القول إلى أن الحمل هل يُلحق في اللعان عنه بالمعلوم أم لا ؟

٩٦٨٢- فحاصل الكلام أن القولين أصلهما أن الحمل في هذا الحكم هل يلحق

بالمعلومات ؟

ونحن نقول : أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلفات^(١) من الإبل في الدية ، وهذا حكم بثبوت الحمل والاكتفاء بالأمانة ، ولا يتجه غيره ؛ لأننا لو أوجبنا الفصلان ، لزدنا على العدد ، والرسول صلى الله عليه وسلم أراد أن يُثبت الحمل صفةً ، ثم لا فوت ؛ فإن بان بعض الخلفات حوائل بدّلناها .

ووجوب الإنفاق على المعتدة البائنة الحامل على طريقين : منهم من خرج على ما ذكرناه من القولين ، فقال في قول : يجب تنجيز الإنفاق ، ثم إن بانت حائلاً ، استرددنا [ما أنفقناه]^(٢) ؛ فإن في تأخير الإنفاق إضراراً بيناً ناجزاً ، واسترداد النفقة أهون من تعجيل الإضرار بالحمل على الانتظار .

ومن أصحابنا من خرج الإنفاق على قولين مَصيراً إلى أن الأصل براءة الذمة عن النفقة ، وقد انقطع عصام النفقة ، ولم نستيقن سبباً متجدداً ، وإذا ظهرت أمانة الحمل ، لم نُقم حداً ولا قصاصاً محافظةً على الحمل ، فلا ضرار في تأخر العقوبة .

وفي نفي الحمل باللعان تردّد ، [وهو أنا في / وجه نرى النسب حرياً بالثبوت]^(٣) ي ١٩١ فلا نبندر ، بل نتوقف إلى وقوع الاستقلال ، وفي قول يجوز اللعان خيفة أن يموت

(١) الخلفة : الحامل من الإبل ، وجمعها مخاض . كما تجمع المرأة : بالنساء ، وهو من غير لفظها . (غريب ألفاظ الشافعي : فقرة : ٨٣٨ ، والمصباح) وهنا جمعها الإمام بالألف والتاء .

(٢) زيادة من المحقق لإيضاح المعنى .

(٣) عبارة الأصل فيها اضطراب وغير مستقيمة ، فقد جاءت هكذا : « وهو في أوانه لا نأمن وجه نرى النسب حرياً بالثبوت » .

الزوج ، فيلتحق الولد الدّعي بشجرته ، [وليس]^(١) منه ، فالأحكام إذاً على التفاوت : لا خيفة^(٢) ، فيجري بعضها على القطع بوجود الحمل ، وبعضها على الاختلاف والتردد ، فأطلق بعضُ الناس قولين في أن الحمل هل يُعلم ؟

٩٦٨٣- هذا كله في الحمل بعد البينونة ، فأما إذا كان الحمل في قيام الزوجية ، فالذي ذهب إليه المحققون أنه يجوز نفيه باللعان .

وذهب بعض أصحابنا إلى تخريج القولين في حمل النكاح أيضاً ، وهذا إن كان محتملاً في مسلك المعنى [، فتقريب حالة الزوجية]^(٣) من حالة البينونة في أن نفس النسب فيهما على وتيرة واحدة ، كما أن الحقوق فيهما على وتيرة واحدة [لا]^(٤) سبيل إلى القول به ؛ لما صح أن العجلاني لاعن عن امرأته ، ونفى حملها ، ثم أتت به بعد اللعان على النعت المكروه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لولا الإيمان ، لكان لي ولها شأن » ، وهذا لا دفع له ، وفي الحديث أنه برأ ظهره ، ونفى نسبه .

وقد يتجه فرقٌ من طريق المعنى ؛ فإن اللعان في صلب النكاح ، يجد معتمداً ؛ إذ يُتصور جريانُ اللعان دون النسب [المتعرض للثبوت]^(٥) فلا يمتنع أن يجرى اللعان على أصله ، ثم الحمل ينتفي تبعاً .

والتبعية ليست منكراً في الحمل ، فإن الحمل قد يثبت مبيعاً تبعاً للأُم . نعم ، لا يفرد الحمل بالبيع ، فلذلك لا يمتنع ألا يفرد بالنفي بعد البينونة ، والفرق بين ما يثبت تابعاً وبين ما يثبت مقصوداً بيّنٌ في أصول الشريعة ، فالثمار قبل الزهو لا تباع مُطلقة^(٦) ، فإذا بيعت مع الأشجار ، بيعت مُطلقة ، وزالت التبعية إلى غير ذلك من الأمثلة .

(١) في الأصل : فليس .

(٢) كذا تماماً : « لا خيفة » !!

(٣) في الأصل : وتقريب الحالة الزوجية .

(٤) في الأصل : فلا .

(٥) في الأصل : لتعرض الثبوت .

(٦) أي بدون شرط القطع .

هذا ما أردنا أن نذكره في نفي الحمل .

ثم سيأتي باب في أن نفي الولد على الفور على الأصح من المذهب ، ونفي الحمل ليس على الفور وفاقاً ، لما فيه من التردد . فلئن كنا نحمل تأخير النفي في الولد على الرضا به واستلحاقه ، فهذا لا يتجه في الحمل ؛ [فإن الرجل ربما يني الأمر^(١)] على أن ما يحسبه حملاً ليس بحمل ، فإذا لم يكن كُفي التعرض للشهرة والفضيحة ، فلا يتجرّد في التأخير وجه الرضا ، وهذا لم أرفيه خلافاً .

٩٦٨٤- ثم تعرض الشافعي لمحااجة يطول ذكرها ، فقال : « وزعم بعض الناس أن لو جامعها وهو يعلم حملها . . . إلى آخره »^(٢) .

أراد بهذا أبا يوسف ؛ فإنه قال : إذا أتت المرأة بولد ، أمهل الزوج في النفي مدة النفاس : أربعين يوماً ، وعند أبي حنيفة يُمهل بعد الولادة ثلاثة أيام^(٣) ، وسيأتي أقوال الشافعي في ذلك ، وإنما نَقَم في هذا الفصل مذهب من يقدر بمدة النفاس ، وأطال في هذا كلامه ولسنا له [الآن]^(٤) .

وذكر محااجة أخرى في ماهية اللعان وأنه عقوبة أو حُجة ، وتعرض للحبس في اللعان ، وقد استقصينا هذه المسالك في (الأساليب) .

* * *

(١) في الأصل : « فإن الرجل بما يبين الأمر » . والمثبت من تصرّف المحقق .

(٢) ر . المختصر : ١٦٥ / ٤ .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٦ ، المبسوط : ٥٠ / ٧ ، مختصر اختلاف العلماء : ٥٠٢ / ٢ مسألة ١٠٤٨ .

(٤) زيادة لإيضاح الكلام .

باب

ما يكون قذفاً وما لا يكون قذفاً/

١٩١ ش

قال الشافعي رضي الله عنه : « ولو ولدت امرأته ولداً . . . إلى آخره »^(١) .

٩٦٨٥- إذا قال الزوج وقد ولدت امرأته ولداً : هذا ليس مني ، أو هذا ليس بابني ، فنذكر أولاً ما في كلامه من جهات الاحتمال ، ثم نبني عليها الحكم ، فقوله المذكور يحتمل خمسة أوجه : أحدها - أن هذا لا يشبهني خلقاً وخلقاً .

والثاني - أن يريد نسبته إلى الزنا .

والثالث - أن يريد نسبته إلى شبهة .

والرابع - أن يريد نسبته إلى زوج قبله .

والخامس - أن يقول : ما ولدتُ هذا [الوليد]^(٢) أصلاً .

والاحتمالات المتقدمة مفروضة فيه إذا سلّم ولادتها لو ثبتت ولادتها بطريق من الطرق ، ثم يقول ما يقول .

ونحن نذكر الآن الاحتمالات مع تسليم الولادة في الفراش ، لزمانٍ يُحتمَلُ أن يكون العلوق به حاصلًا في الفراش ، ثم نذكر إنكار الزوج الولادة .

فأما ما يقع مع تسليم الولادة ، فيستثنى منها أنه لو فسر ما قاله بنسبتها إلى الزنا ، فالذي جاء به قذف ؛ فإن القذف يتطرق إليه الصريح والكناية ، فإذا أتى الإنسان بكناية وفسرها بالزنا ، استوجب ما يستوجب المصرّح ، ومالك^(٣) يجعل كل ما يحتمل القذف احتمالاً ظاهراً بمثابة القذف الصريح ، ويجعل معتمد الباب في إيجاب الحد

(١) ر . المختصر : ١٦٩/٤ .

(٢) في الأصل : الدليل .

(٣) ر . القوانين الفقهية : ٣٥٠ ، جواهر الإكليل : ٢٨٧/٢ .

الإيذاء ، ويزعم أن [المكاني] ^(١) لا تقصُرُ في الإيذاء [عن] ^(٢) الألفاظ المصرّح بها .
 وذهب بعض العلماء إلى أن الكناية لا تكون قذفاً مع النية ؛ فإن النية لا تتضمن
 إيذاء .

[والشافعي] ^(٣) قسم القذف إلى الصريح والكناية ، وفيه سرٌّ ، وهو أن الكناية إنما
 تلتحق بالقذف الصريح إذا فسرّها بالقذف الصريح ، ثم لا يتأتى منه تفسيرها به إلا بأن
 يعرب عن قصده ، فهذا معنى القصد .

وإن قال قائل : الحدُّ هل يجب بينه وبين الله ؟ قيل هو كاذب ، ولكن لا يبين كذبهُ
 في حق المقدوف ما لم يفسّر ، ولو روجعنا ، فقليل لنا : يجوز أن يترك التفسير أم عليه
 أن يفسر ليستوجب الحد ؟ كان الظاهر عندنا أنه لا يلزمه أن يفسر لو ترك ولم يُرهِق ^(٤)
 إلى البيان بالتحليف ، ثم إذا لم يبيّن ، فليس بدعاً أن نقول : لا يستوجب الحد بينه
 وبين الله تعالى ، وإن حُمِلَ على البيان وعُرضت عليه اليمين ، فلا رخصة في يمين
 الغموس ، فإن نكل ، لم يخفَ إجراء الخصومة إلى منتهاها .

فحاصل القول : أن الكناية التي تُوقع حكماً مع النية كالطلاق ، وتنزل منزلة
 الصريح باطناً ، والحدُّ يجب زجراً للكاذب ، والكاني [بالقذف مؤذٍ] ^(٥) وإيذاؤه يسلط
 المقدوف عليه ، حتى يكون أحدَ رجلين : إما أن يصرح فيُحدّ ، وإما أن ينكل . ثم
 يرجعُ النظر إلى [تورّع] ^(٦) المردود عليه [عن] ^(٧) اليمين [أو إقدامه] ^(٨) عليها .

هذا مأخذ الشريعة عندنا .

(١) في الأصل : المكان .

(٢) في الأصل : على .

(٣) في الأصل : فالشافعي .

(٤) يرهِق : يقال : أرهِق فلاناً حملاً على ما لا يطيق .

(٥) في الأصل : والقذف .

(٦) في الأصل : التورّع .

(٧) في الأصل : على .

(٨) في الأصل : أو على إقدامه .

وفي كلام الأصحاب ما يدل على أن الحد يجب باطناً ، وليس للكانى أن يكتمه ، كما ليس لمستوجب القصاص أن يكتم القصاص الواجب عليه ، وهذا / [مشكل] ^(١) ؛ ١٩٢ ي من جهة أن القذف ليس إتلافاً ، ولا إنشاءً حكم ، وإنما هو إيذاء بالنسبة إلى فاحشة ، وهذا إن كان يحصل بالكناية ، فينبغي أن يوجب الحد من غير مراجعة ، وإن كان لا يحصل بالكناية ، فالقصد لا يؤثر في مزيد الإيذاء .

وقد انتهى غاية ما نحاوله .

ثم إذا حلف أنه لم يقصد القذف ، فالتعزير يثبت بالكناية ، ولا يخلو ما جاء به عن نوع من العقوبة الرادعة .

٩٦٨٦- فإذا تمهد هذا الأصل ، فليخرج من الاحتمالات تفسير اللفظ الذي نحن فيه بالزنا ؛ فإنه إن جرى ذلك ، كان ما ذكره قذفاً ، ويتعلق به أحكام قذف الأزواج .

٩٦٨٧- فإن زعم أنه ما أراد نفي النسب ، وإنما أراد أن الولد ليس يشبهني خلقاً وخلقاً ، [فظاهر] ^(٢) النص هاهنا أن هذا التفسير مقبول منه ، وإن نازعت ، فسنذكر كيفية فصل الخصومة .

وقال الشافعي رضوان الله عليه بعد هذا : « إذا قال رجل لإنسان لست ابن فلان ، فنفاه عن أبيه المشهور ، ثم زعم أنه أراد بذلك أنك لا تشبهه شيمةً وسجيةً وكرماً وخيراً ، فلا يقبل هذا التفسير منه ، ويجعل قذفاً صريحاً ، فاختلف أصحابنا في قول الزوج ^(٣) وقول الأجنبي على طريقين : فمنهم من قال : فيهما قولان نقلاً وتخريجاً : أحدهما - أن اللفظ صريح في القذف ، ووجهه جريانُ العرف على الاطراد بإرادة القذف بهذا اللفظ ، والنسب لا ينفى صريحاً إلا والمراد به النسبة إلى الغي ونقيض الرشد ، والصرائح إنما تؤخذ من الشيوع وعموم القذف ؛ إذا لم يكن [للشرع] ^(٤) تعبد في حصر الألفاظ .

(١) في الأصل : مسلك .

(٢) في الأصل : ظاهر .

(٣) أي قول الزوج لست ابني .

(٤) في الأصل : للشيوع .

والقول الثاني - أن هذا اللفظ ليس بصريح ؛ فإنه ليس فيه تعرّض للزنا ، ولا لغيره ، واللفظة مؤوَّلة في نفسها .

[وهذا]^(١) هو الأصح .

ومن أصحابنا من أقر النصين قرارهما ، وقال : إن كان القائل أباً ، فهذا محتمل منه بتأويل تأديب الابن والتنديد عليه ، وإن كان القائل أجنبياً ، ولم يكن أباً ، فالمحمل الأظهر - وليس الأجنبي في محل التأديب - القذف الصريح .

هذا بيان تردد الأصحاب في ذلك .

واختيار المزني طرد القولين ، وهذه عادته ؛ فإنه يتشوف إلى تخريج القولين مهما اشتمل الكلام على نوع من التردد .

٩٦٨٨- ونحن نستتم الآن هذا الفصل فنقول : إن لم نجعل هذا اللفظ صريحاً من الأب ، فإذا فسر به ما ذكرناه من أن هذا المولود لا يشبهني خلقاً وخلُقاً ، فلو قالت المرأة : أردت به القذف ، فلها أن تحلفه ، فإن حلف أنه لم يرد به القذف والنسبة إلى الزنا ، وإنما أراد ما أشرنا إليه ، برىء من الحد ، وإن عرضنا عليه اليمين ، فنكل عن اليمين ، رُدَّت على المدّعية ، فإن نكلت ، كان نكولها كيمين الزوج ، وإن حلفت يثبت القذف والحد .

قال الأصحاب : للزوج أن يلتعن ، ولم يتعرضوا لتجديد قذف ، والمذهب فيه أن الزوج إذا جدد قذفاً بُني اللعان عليه ، وانتفى الحد عنه ، وإن لم يجدد قذفاً ، وأراد الاكتفاء بما مضى ، فقد ذكرنا أصل هذا فيه إذا ادعت المرأة على زوجها أنك قذفتني ، ش ١٩٢ فأنكر الزوج ، وأقامت / المرأة البيّنة على أنه قذفها ، فهل يلاعن من غير قذف جديد ؟ فيه تفصيل قدمناه .

ويتجدد في هذه المسألة أصل آخر لا بد من التنبه له ، وهو أن الزوج إذا كنى وثبتت الكناية بيمينه ، فقد ذكرنا أن الكناية توجب التعزير ؛ من حيث إنها تؤذي ،

(١) في الأصل : فهذا .

وإنما يختص بالصريح وبالكناية مع النية الحدُّ ، فأما التعزير ، فإنه يتعلق بدون ما نحن فيه .

ثم إذا [كان] ^(١) يثبت التعزير ، فهل له أن يدفع عن نفسه التعزير الذي قدّر ثبوته باللعان ؟ الوجه أنه ليس له دفعه باللعان ؛ فإن المدفوع باللعان عقوبة تجب بالنسبة إلى الزنا ، سواء كانت حداً أو تعزيراً . فأما إذا أثبت الزوج أنه لم ينسب إلى الزنا ، فاللعان لا يتعلق بكل إيذاء .

فيخرج منه أنه إذا ادعى أولاً أنه كنى وما قذف ، ثم ثبت بيمين الرد كونه قاذفاً ، فهو كما لو أنكر أصل القذف ، وأقامت المرأة بينة على أنه قذف ، فإن [أراد] ^(٢) أن يلتعن ، فقد [تصرّم] ^(٣) القول فيه ، والذي ذكرناه من إلحاق الكلام في هذا المنتهى ، فذلك يبين لا إشكال فيه .

٩٦٨٩- ولو قال : أردت نفي النسب مع الإقرار بالولادة ، ولكني رُمت نسبة هذا الولد إلى وطء شبهة أو إلى زوج قبلي ، فإن أراد فيما زعم [النسبة] ^(٤) إلى وطء الشبهة ، فالقول قوله مع يمينه ، ثم كيفية إدارة الخصومة كما تقدم ، فإن أراد نسبة الولد إلى زوج زعم أنه كان قبله ، نظر : فإن عَهد لها زوج قبله ، فتفسيره مقبول مع يمينه ، وسياسة الخصومة على نحو ما مضى ، فإن لم يعهد لها زوج قبله ، فلا يقبل قوله .

٩٦٩٠- وحقيقة هذا القسم ترجع إلى نفي ولادتها على فراشه ، وهذا نقره الآن في القسم الثاني ، فنقول :

إذا قال الزوج لزوجته : ما ولدت هذا الولد ، بل استعرتيه ^(٥) أو التقطيته ، فالقول قول الزوج في نفي الولادة ؛ فإن الأصل عدمها ، ولئن كنا نلحق الولد المولود على

(١) في الأصل : كانت .

(٢) في الأصل : الراد .

(٣) في الأصل : يضرّ .

(٤) في الأصل : بالنسبة .

(٥) استعرتيه بإثبات ياء المخاطبة ، وسبق أن أشرنا إلى أن ذلك جائز ووارد في الفصحح وعليه شواهد من الحديث الشريف .

الفراش بالفراش لقوته ، فلا نحكم بأن الفراش يقتضي وقوع الولادة ، فالقول إذاً قول الزوج .

فإن أقامت المرأة بيّنة : أربع نسوة ثقاتٍ على أنها ولدت هذا الولد على الفراش ، فيثبت النسب إلى أن يتكلم في نفيه ، وإن لم يكن لها بيّنة ، فجاءت بقائف يلحقه بها بالشبه ، [فهل] ^(١) ينزل منزلة البيّنة على ثبوت الولادة ؟ فعلى وجهين ذكرهما بعض المصنفين : أصحهما - أن الولادة لا تثبت بهذا ؛ فإنها أمر محسوس يمكن إثباته بطريق العيان ، والقيافة إنما أثبتت شرعاً عند الالتباس وانحسام المسلك .

وهذا قريب من الاختلاف في أن المولود إذا تداعى ولادته امرأتان ، فهل يحكم القائف في الإلحاق بإحدهما ، مع إمكان إثبات الولادة بالمشاهدة على الجملة ؟ وعليه ينبغي أن المرأة هل لها دعوى ؛ فإنها على الجملة متمكنة من إثبات الولادة ؟ ولهذا قلنا : الأصح أن الزوج إذا علّق الطلاق بولادتها ، فذكرت أنها/ ولدت ، فلا يقبل قولها إلا على رأي ابن الحداد ، كما قدمناه في الفروع ، ولو كان التعليق على حيضها ، ثبت الحيض بقولها ؛ إذ لا مُطَّلَع عليه إلا من جهتها .

٩٦٩١- ونعود بعد ذلك إلى ترتيب الخصومة : فإن لم تقم بيّنة ، ولم نجد قائفاً ، أو قلنا : لا حكم للقيافة في هذا المقام ، فالقول قول الزوج ؛ فإن حلف ، انتفت الولادة والنسب ، وهل يلحق المولود بالأم ؟ فوجهان ، بناءً على أن المرأة هل لها دعوى ، وفيه جوابان أشرنا إليهما .

فإن نكل الرجل عن اليمين ، فقد نص الشافعي هاهنا على أن اليمين تردّ عليها ، فتحلف ، ويثبت النسب ، ونص في كتاب العدة على أن المعتدة لو أتت بولد لأكثر من أربع سنين من يوم طلاق الزوج ، وادّعت أنه راجعها أو وطئها بالشبهة ، فالقول قول الزوج ، فإن نكل لا ترد اليمين عليها في دعوى المراجعة والوطء بالشبهة .

واختلف أصحابنا : فمنهم من قال : في المسألتين قولان بالنقل والتخريج :

(١) في الأصل : فهذا .

أحدهما - أن اليمين غير مردودة على المرأة في دعوى الاستعارة ودعوى الرجعة ؛ فإن النسب ليس حقها ، فيستحيل رد اليمين عليها .

والقول الثاني - أن اليمين ترد عليها لتغسل العار عن نفسها ؛ إذ نُسبت إلى الكذب في دعوى الولادة ، وللأم على الجملة حق ولاية على الولد ، ولهذا جوز الشافعي لها أن تأخذ نفقة ولدها سرّاً ، كما دل عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند : « خذي ما يكفيك وولّدك بالمعروف » .

فإن حكمنا بأن اليمين لا ترد عليها ، فتصبر إلى أن يبلغ الطفل ، فتُرد اليمين عليه . وإن قلنا : ترد اليمين عليها ، فإن حلفت ، ثبتت الولادة ، وترتب عليها ثبوت النسب ، والنسب لا يثبت قصداً بشهادة النسوة ولا بيمين الرد ، ولكن الولادة تثبت ، ثم الولد للفراش ، لهذا إذا حلفت .

فأما إذا نكلت عن اليمين ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنه يوقف الأمر إلى أن يبلغ المولود ويحلف ؛ لأن الحق له .

والثاني - ليس للمولود أن يحلف بعد البلوغ ؛ لأن يمين الرد لا ترد بهذا .

٩٦٩٢- ولهذا نظائر سيأتي ذكرها في كتاب الدعاوى إن شاء الله تعالى : منها أنه لو أقرّ الراهن بأن العبد المرهون قد جنى قبل الرهن ، وقلنا : لا يُقبل قوله ، وجعلنا القول قول المرتهن ، فإذا نكل عن اليمين ورددنا على الراهن ، فلو نكل عن يمين الرد ، ففي ردها على المجني عليه قولان ، [وإذا]^(١) أقام الوارث شاهداً واحداً بدين [لأبيه]^(٢) ، وامتنع عن الحلف معه ، فقال غرماء المتوفى : نحن نحلف مع الشاهد^(٣) فهل لهم ذلك ؟ ولعلنا نُحَوِّج إلى ذكر هذا الفصل مستقصى في القسامة ، إن شاء الله . هذه طريقة .

ومن أصحابنا من قال : في [مسألة]^(٤) الاستعارة والنكاح قائم : اليمين مردودة

(١) في الأصل : فإذا .

(٢) في الأصل : لابنه .

(٣) مع الشاهد : أي مع شاهد واحد .

(٤) في الأصل : المسألة .

على الزوجة ، فإذا كان النزاع في الرجعة أو وطء الشبهة بعد الطلاق ، فلا ترد اليمين كما اقتضاه النصان ، والفرق أن النكاح إذا كان قائماً ، فادعى الزوج الاستعارة فجانبها متقوية بالفراش الدائم ؛ فصدقناها . وفي المسألة الأخرى صارت تدعي رجعةً ووطء شبهة والأصل عدم ما تدعيه ، ودوام الفراش قد يدل على الغشيان المفضي إلى العلق .

هذا منتهى الكلام في المسألة ، وقد أجرينا في أثناء الفصل نسبة الولد إلى وطء الشبهة ، ونحن نعقد الآن في هذا فصلاً جامعاً ؛ فإنه من غوائل الكتاب من وجه ، وهو أيضاً من الأصول الظاهرة التي [يبتدر] ^(١) السائل ويستفصل فيها ، ونحن بعون الله نأتي به موضعاً مصححاً .

فصل في

٩٦٩٣- اللعان لا يجري إلا بعد أن تُنسب المرأة إلى وطء محرّم في النكاح ، وإن أحببنا ، قلنا : إلى وطء لا نحكم بتحليله حتى لا يمنع [وطء] ^(٢) الشبهة عن الدخول تحت موجب الكلام ، فإذا أتت المرأة بولد في النكاح لمدة يُحتمل أن يكون العلق [به] ^(٣) في النكاح ، وثبت الولادة بلا نزاع ، فأراد الرجل أن ينفيه ، فالمذهب الذي عليه التعويل أنه لا يملك نفيه ما لم ينسبه إلى وطء غير حلال ، فلو [ذكر زناً] ^(٤) ونسب الولد والمرأة إليه ، فهذا أصل كتاب اللعان ، فليلتعن .

وإن نسبها إلى وطء غير مُحلّل ولا مباح ، فحاصل القول فيه وجهان على الترتيب المرضي : أحدهما - أنه لا يصح اللعان إلا بقذف صريح ، حتى لو نسبها إلى وطء شبهة أو وطء استكراه ، فلا سبيل إلى اللعان .

وهذا الوجه ضعيف ، ولكن معتمده التعلّق بظاهر القرآن فقد قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ

(١) في الأصل : يبتدل .

(٢) في الأصل : ووطء .

(٣) في الأصل : بها .

(٤) في الأصل : وإن ذكرنا دنا ونسب .

يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴿٦﴾ [النور : ٦] والرمي في مرتبة الصريح ، ثم هو مؤكد بالتعرض لعدم الشهود ، وهذا إنما يليق بالقذف الصريح .

والوجه الثاني - وهو الأصح - أنه لو نسبها إلى وطءٍ غير مباح ، وأضاف الولد إليه ؛ فإنه يلاعن ، كما لو صرح بالقذف . والوجهان ذكرهما المرازقة .

قال الشيخ أبو علي في التفريع عليهما : إذا قلنا : لا بد من القذف الصريح ، فلا يُظنّ أنا نشترط قذفاً يتعلق بالنسبة إليه وجوب الحد ، ولكن يكتفى بأن يكون القذف في نفسه صريحاً ، ثم لا يضر لو سقط الحد ، بمعنى من المعاني ، فلو قذف زوجته الأمة أو الكتابية ، فله اللعان ونفي الولد ، وإن لم يستوجب حداً ، [كما إذا]^(١) نسبها إلى وطء استكراه ، مثل أن يقول : أكرهك فلان ، ووطئك ، وهذا الولد من ذلك الوطاء ، ففي المسألة وجهان ؛ فإنه وإن قذف الوطاء يقذفها ، والنظر في قذفها إلى [جانبه]^(٢) .

وهذا الترتيب ساقه صاحب التقريب ، وهو حسن .

٩٦٩٤- وأما العراقيون ، فقد ذكروا في ذلك تفصيلاً : أنا ذاكره ، إن شاء الله تعالى ، وذلك أنهم قالوا : إذا نسب الولد إلى وطء شبهة ، فإن قَدَّرَ الوطاءَ واطئاً بشبهة وقَدَّرَها ممكناً بشبهة ، أو عالمةً زانية ، فلا لعان . هكذا قالوا ؛ لأنه إذا وصف الوطاء بالشبهة ، فالولد يلحقه ، فقد أسند الولد إلى شخص في جهة يلحق النسب فيها ، وإنما يثبت اللعان إذا نفى نسب الولد عن نفسه .

وعللوا هذا بأن قالوا : إذا نسب الولد إلى وطء شبهة ، فهذا مكان القيافة ؛ إذ المنكوحة إذا وطئت بالشبهة في صلب النكاح ، ثم تردد/ الولد بين الوطاء بالشبهة ١٩٤ ي وبين الزوج ، فالحكم أنا نرى الولد القائف ، وكان من الممكن لو أريناه القائف أن ينفيه عن الزوج ، وإذا أمكن نفياً سوى اللعان ، لم يجز اللعان ؛ فإن اللعان حجة ضرورة .

(١) كذا قرأناها بصعوبة .

(٢) في الأصل : جانبها .

وقالوا على هذا القياس : لو نسبها إلى الزنا بأن قال : كنت عالمة بما يجري ، وإنما الواطيء بالشبهة هو الذي اشتبه عليه الأمر ، قالوا : فلا تلاعن في هذه الصورة ؛ ذلك لأن النسب ثابت في هذه الصورة .

وحاصل كلامهم أن الزوج إذا نسب الولد إلى جهة يثبت النسب فيها ، فلا لعان . ولو قال لها : زنى بك فلان ، واستكرهك على الزنا ، فأتيت بهذا الولد عن هذه الجهة ، فهل يلاعن ؟ قالوا : في المسألة وجهان : أحدهما - أنه لا يلاعن ؛ لأنه لم ينسبها إلى زنا هو زناً من الجانبين ، فصار كما لو كان الواطيء بالشبهة .

فانتظم من كلامهم : أنه إذا نسبها إلى ما هو زنا محض وأضاف الولد إلى تلك الجهة ، فعند ذلك يلاعن قطعاً ، فإذا أضاف الولد إلى جهة يثبت نسبه فيها من الأب ، فلا لعان ؛ فإن الجهة التي [ذكرها] ^(١) جهة نسب .

وبمثله لو نسبها إلى الاستكراه ، ولم ينسبها إلى الزنا ، وذكر الزنا في جانب الواطيء ، ففي المسألة وجهان .

٩٦٩٥- فإذا جمعت ما ذكرناه عن صاحب التقريب إلى ما ذكره العراقيون ، كان مجموع ذلك أن الولد إذا نسب إلى الزنا المحض ، لاعن بلا خلاف .

وإن نسبه إلى وطء الشبهة ، والشبهة شاملة للجانبين جميعاً ، فالذي ذكره العراقيون القطع بأن اللعان لا يجري .

وفي طريق صاحب التقريب تردّد وإشارة إلى خلاف ، ووجه الخلاف أنا في مسلك نقول : لا يلاعن أصلاً ؛ فإنه لم يضيفها إلى الزنا ، والإضافة إلى الزنا مشروطة في كتاب الله تعالى .

والوجه الثاني - أنه يكفي في نفي الولد أن يقطعه عن نفسه وينسبه إلى جهة أخرى ، ولا معنى لاشتراط كون تلك الجهة زناً ، والذي ذكره من أن القيافة ممكنة ، لا حاصل له ؛ فإن القيافة إنما تجري إذا اعترف الواطيء بالشبهة ، ووُجد التداعي بين الزوج وبين الواطيء بالشبهة ؛ فإذا ذاك نرى الولد القائف ، فلا معنى

(١) في الأصل : ذكرناها .

للتعليل بما ذكروه والأولى التمسك بالكتاب والدعاء إلى اتباع مقتضاه .

وأما فرق العراقيين بين أن ينسبها إلى الاستكراه والواطىء زانٍ وبين أن يكون الواطىء بشبهة ، فحسنٌ .

والأولى في الترتيب أن نقول : إذا نسب الولد إلى وطء شبهة والشبهة تشمل الجانبين جميعاً ، فوجهان : أحدهما - أنه يلاعن^(١) .

والثاني - لا يلاعن ، وهو الذي قطع به العراقيون .

فإذا نسبها إلى الاستكراه والرجل زانٍ ، ففي المسألة وجهان مرتبان على الوجهين في الصورة الأولى ، وهذه الصورة أولى بجريان اللعان .

فأما إذا قال : هذا الولد ليس مني ، وإنما هو من غيري ، ولم يتعرض للزنا والشبهة ، فهذه صورة لم يتعرض لها العراقيون ، وإنما ذكرها صاحب التقريب وحكى فيها خلافاً ، وهي مرددة بين النسبة إلى الوطاء بالشبهة وبين صورة الاستكراه .

فصل في

قال : « ولو نفينا عنه ولدها / باللعان ، ثم جاءت بعده بولد . . . إلى ١٩٤ ش آخره »^(٢) .

٩٦٩٦- إذا نفى نسب مولودٍ ، فلا يخلو : إما أن يقع ذلك في النكاح ، وإما أن يقع بعد البينونة ، فإن وقع ذلك في النكاح ، فإذا نفى الولد الموجود في النكاح باللعان ، ثم أتت بعد ذلك بولد لأقل من ستة أشهر ، فقد تبين أن الولدين جميعاً من حملٍ واحد ، فإنهما توأمان ، فنقول له : إن لاعت مرة أخرى ونفيت الثاني ، انتفى عنك الولدان ، وإن أبيت يلتحق بك الأول والثاني .

والجملة أن التوأمين لا يتبعض أمرهما ، فإذا نفى الأول ، لم يكف نفياً ، ولو قال : إذا نفيت الأول ، فقد نفيت الثاني أيضاً ، قيل له : لا ، بل إذا امتنعت عن اللعان

(١) في الأصل : لا يلاعن .

(٢) ر . المختصر : ١٧٣/٤ .

عن الثاني ، فكأنك امتنعت عن اللعان عن الأول ، ولم تتعرض في لعانك لغير الأول ، ولا سبيل إلى التبعض .

ولو جرى اللعان الأول في النكاح ، كما صورناه ، ولكن كان بين الولدين ستة أشهر ، فنعلم أن الولد الثاني تجدد العلوق به بعد انفصال الولد [الأول]^(١) ، فإذا نفى الأول ، انتفى عنه ، وهو رأس أمره^(٢) في الولد الثاني ، فإن نفاه بلعانٍ مجدد ، انتفى عنه ، وهذا اللعان ، وإن كان مُنشأً في حالة البينونة ، فهو يتعلق بنسب متعرض للثبوت ، والعلوق بالولد ممكن في حالة النكاح ، فإنه [وإن]^(٣) نفى الولد الأول ، فلعله وطئ بعد انفصال الولد وقبل إنشاء اللعان ، فحصل العلوق بالولد الثاني ، ثم إنه ابتداءً فنفي الأول باللعان الأول .

وكل ما ذكرناه [فيه]^(٤) إذا نفى الولد الأول بعد انفصال ، ثم تخلل بين الولدين أقل من ستة أشهر أو ستة أشهر فصاعداً ، وقد وقع التعرض للولد .

فأما إذا نفى الحمل باللعان ، ثم انفصل ولدان بينهما أقل من ستة أشهر ، فهما جميعاً [منفيان]^(٥) عنه ، ولو أتت بأكثر من ذلك عن بطن واحدة ، فاللعان الأول كافٍ ؛ فإنه تعرض فيه لنفي الحمل ، واسم الحمل ينطلق على ما اشتمل الرحم عليه واحداً كان أو أكثر .

ولو نفى الحمل كما ذكرناه ، فأنت بولدين بينهما ستة أشهر فصاعداً ، فنقول : ينتفي باللعان الولد الأول ، ولا ينتفي الولد الثاني باللعان ، بل ينتفي بلا لعان ، والسبب فيه أن الفرقة وقعت باللعان ، فلما أتت بالولد الأول ، انقضت عدتها بوضع ذلك ، فلا يحتمل وقوع العلوق بالولد الثاني في النكاح ، وإن كان كذلك ، فنسبه منتفٍ بلا لعان .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) رأس أمره : واضح أن المعنى : هو صاحب الرأي في الولد الثاني : استلحاقاً أو نفياً .

(٣) زادها المحقق لاستقامة الكلام .

(٤) في الأصل : منه .

(٥) في الأصل كلمة غير مقروءة ، رسمت هكذا (شنان) بهذا الرسم تماماً وهذا النقط (انظر صورتها) .

هذا كله تفصيل القول فيه إذا جرى إنشاء اللعان في النكاح ، ثم أتت بتوأمين عن بطن واحد ، أو أتت بولدين عن بطنين .

٩٦٩٧- فأما إذا أبانها بالطلاق ، ثم أتت بولد ، فنفاه باللعان ، فأنت بولد آخر لأقل من ستة أشهر ، قلنا له : إن [نفيته]^(١) بلعان آخر ، فذاك ، وإن [أبيت]^(٢) ، لحقك الثاني ، وإذا لحقك الثاني يلحقك الأول ؛ فإن الحمل الواحد لا يتبعض ، فلا يجوز فرضه من شخصين ، وقد ذكرنا أنه لا ينتفي باللعان إلا من نفاه .

وقد تكلف أئمتنا في هذا كلاماً لا حاجة إليه ، فقالوا : في التوأمين نفياً ولحق ، فالحمل الواحد لا يتبعض ، فإذا اجتمع النفي واللحق / وجب تغليب الأقوى ، ١٩٥ ي واللحق أقوى من النفي في الأولاد الذين استند العلوق بهم إلى الفراش تحقيقاً أو إمكاناً .

والدليل عليه شيان : أحدهما - أن الولد يلحق من غير استلحاق إذا كان على النعت الذي ذكرناه ، ولا ينتفي من غير نفي ، والدليل على ذلك أيضاً أن الولد الذي نفاه الملاعن باللعان لو استلحقه بعد النفي ، لحقه ، فإذا استلحق مولوداً ، ثم أراد نفيه باللعان ، لم يجد إليه سبيلاً .

فظهر من ذلك أن اللحق أقوى ، فإذا تعارض اللحق والنفي في التوأمين ، وجب تغليب اللحق .

وهذا الكلام مستفاد ، ولكن لا حاجة إليه في تعليل ما ذكرناه في التوأمين ، وذلك أن الحمل الواحد لا يتبعض ، وصورة ثبوت ولدين فيه إذا كثرت مادة الزرع ، فيخلق منها ولدان ، ولا يفرض اشتغال الرحم على ولد ، ثم [يفرض]^(٣) علوق بعده بولد آخر ؛ فإن الرحم إذا اشتمل انسد فوهة الرحم ، فاشتغل بتقدير الإله بتربيته ، فلا يتأتى منه قبول مني آخر ، فإذا كان كذلك ، وقد نفى الملاعن أحد التوأمين ، فلا ينتفي

(١) في الأصل : نفيت .

(٢) في الأصل : ثبت .

(٣) في الأصل : فرض .

الثاني ؛ فإنه لم ينفه ، فإذا لم ينتف واستحال التبعض ، لزم اللحق ، وهذا القدر كافٍ .

والدليل عليه أن اللحق والنفي لو كانا متكافئين في القوة ، لكان الجواب كذلك .

هذا إذا أنشأ اللعان بعد البيونة ، وتعرض لنفي المولود المنفصل ، ثم بان توأمان .

فأما إذا تعرض لنفي الحمل ، انتفى الولدان الكائنان من بطن واحد ، لما قررناه قبل .

ولو نفى الولدَ المنفصلَ بعد البيونة ، فأتت بالولد الثاني لسته أشهر فصاعداً ، انتفى الولد الثاني بلا لعان ؛ فإن الأول تعرض للثبوت لإمكان وقوع العلوق به في النكاح ، والولد الثاني تحقق العلوق [به]^(١) بعد ولادة الولد الأول ، وهذا بيّن .

٩٦٩٨- وإذا نفى الرجل في النكاح أو بعد البيونة توأمين ، إما أن يتعرض للحمل وإما أن يلاعن مرتين ، فلا شك أن التوأمين أخوان من الأم ، فإن اللعان لا يتضمن قطع أحكام الولادة من جانب الأم ، وولد الزنا من أمه الزانية كالولد النسيب ، فكل قرابة تترتب على الأمومة ، فهي ثابتة لا شك فيهما .

ونسبهما ينقطع عن الملاعن ، فليس أباهما حكماً ، وليس ولديه .

وهل يثبت بينهما أخوة الأب ؟ ذكر العراقيون وجهين : أحدهما - أنه لا تثبت ولعله الأصح ؛ فإن الأخوة من الأب مترتبة على ثبوت الأبوة والبنوة ، فإذا لم تثبت الأبوة بعد أن يثبت فرعها .

والوجه الثاني - أنهما يتوارثان بأخوة الأب ؛ فإن الأب إنما يقطع باللعان الذي بينه وبينهما ، فأما ما يثبت بينهما ، فلا يؤثر اللعان في قطعه .

وهذا ضعيف لا اتجاه له .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

٩٦٩٩- ثم قال : « ولو مات أحدهما ثم التعن نفى عنه الحي والميت . . . إلى آخره »^(١) .

إذا ولدت المرأة توأمين ، ومات أحدهما أو ماتا جميعاً ، فأراد الزوج نفيهما بعد الموت ، أو نفى الميت منهما والحي ، جاز له ذلك [فإذا وُلدا معاً أو بينهما أقل من ستة أشهر]^(٢) فيكفي فيهما لعان واحد .

ولو أراد الزوج أن ينفي أولاداً أتت [بهم]^(٣) امرأته عن بطن واحد أو بطون مختلفة بلعان واحد / ، فله ذلك ، ولا نكلفه أن يخصص كل مولود باللعان .

١٩٥ ش

ولو عدد قذفها ونسبها إلى زنيات ، وأضاف كل مولود إلى زنية منها ، ثم أراد اللعان ، كفاه لعان واحد يشتمل على تسمية الأولاد ، وسيأتي طرف من هذا بعد ذلك ، وغرضنا الآن تأم في المقدار الذي أوردناه .

٩٧٠٠- ومن أصول المذهب أن المولود الميت يلحقه النفي والاستلحاق جميعاً ؛ فإن الموت لا يقطع النسب ولا يغير أحكام النفي وجريانه .

فلو أتت امرأة بولدٍ ومات ، فله نفيه بعد الموت ، ولو لاعن عنه في الحياة ، ثم استلحقه بعد الموت ، لحقه ، ويترتب عليه ثبوت الإرث ، ولا نظر إلى ما تخيله أبو حنيفة^(٤) من رد الاستلحاق بسبب التهمة في خبط له طويل .

ولو نفى النسب بعد الموت ، وقُسم ميراث الميت ، ثم أراد الاستلحاق ، فله ذلك ، وتنتقض القسمة وتعود وراثته تبيناً ، وقد يحجب^(٥) الذين مَضَوْا ، أو يزاحم^(٦) .

(١) ر . المختصر : ١٧٣/٤ . والمذكور هنا معنى كلام الشافعي ، وليس نص المختصر .

(٢) في الأصل : فإذا ولد فيكفي فيهما . . . وهذه الزيادة ، والتصرف في العبارة من عمل المحقق ، نرجو أن يكون صواباً .

(٣) في الأصل : به .

(٤) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٥١٥/٢ مسألة ١٠٦٣ .

(٥) وقد يحجب : أي الأب ، فقد صار وارثاً لولده الميت بعد استلحاقه إياه .

(٦) هذا هو الأصح ، كما عبر بذلك الرافعي والنووي ، فقد قال الرافعي : « فلو نفاه بعد الموت ثم عاد واستلحقه فيه وجهان : أحدهما - اللحق ، لأن النسب يُحتاط لثبوته ، وإذا ثبت النسب ،

وهذا خرمٌ عظيم لأحكام الأقارير ، فإنه إذا نفاه ، فقد اعترف بأنه لا يستحق تركته ، فإذا عاد واستلحق ، فهذا يناقض قوله الأول ، وكنت أود لو قلنا : إذا نفاه في الحياة ثم استلحقه بعد الموت يلحقه ، فإنه لما نفاه لم يكن ثم استحقاق مال تقديرًا ، فإذا وجد النفي بعد الموت ، فقد قطع استحقاق نفسه عن التركة حين ثبوت الاستحقاق للورثة ، فإذا أراد العود ، لم يكن له ذلك^(١) .

وقد وجدت في كلام الأصحاب رمزاً إلى هذا ، فأنا أنظم بعد هذا التنبيه ، فأقول : إذا نفاه حياً واستلحقه حياً ، أو نفاه حياً واستلحقه ميتاً ، فلا استلحاق ثابت ، فإذا نفاه ميتاً واستلحقه ميتاً ، فالنسب يلحق ، وهل يثبت الإرث ؟ فعلى التردد والاختلاف : يجوز أن يقال : لا يثبت ؛ لما أشرنا إليه من أنه قطع حقه عن التركة ، فلا يعود حقه إليها .

ويجوز أن يقال : يثبت حقه ؛ لأنه لم يتعرض للتركة أولاً وآخرًا ، وإنما تعرض لاستلحاق النسب ، والنسب يلحق ، ثم يترتب عليه حكمه .

والدليل عليه أن من مات وخلف ابنين ، وزعم أحدهما أن هذا الغلام ابنُ أبينا وأنكر الثاني ، فظاهر المذهب أن المقرَّ به لا يستحق من الميراث شيئاً وإن تضمن إقرار المقر إثبات استحقاق له فيما في يده ، ولكن لما كان ذلك الاستحقاق مترتباً على النسب ، والنسب لم يثبت ، فلم يثبت ما يترتب عليه فالتعويل إذاً على ثبوت النسب في النفي والإثبات .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال لامرأته : يا زانية فقالت : زيت بك . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٧٠١- إذا قال لامرأته : يا زانية ، أو قال : زيت ، فقالت : زيت بك ،

⁼ ثبت الإرث ، وعلى هذا فلو قسمت تركته ، أتبعته القسمة بالنقض . وهذه عبارة النووي نفسها تقريباً . (ر . الشرح الكبير : ٤١٤ / ٩ ، والروضة : ٣٥٩ / ٨) .

(١) هكذا يعرب إمام الحرمين عن اختياره الوجه المقابل للأصح ، ويتمنى أن لو قال به الأصحاب .

(٢) ر . المختصر : ١٧٥ / ٤ .

[فلكلماها]^(١) جهات في الاحتمالات : أحدها - أن تريد نفي الزنا ، وقد يعتاد مثل

هذا ، فكأنها قالت : لم أزن ، وهو بمثابة قول القائل - وقد قال له صاحبه / : ١٩٦ ي
يا سارق : سرقتُ معك ، والمراد لم أسرق كما لم تسرق .

قال الأصحاب في مسألة الكتاب : إن أرادت ذلك ، قبل قولها مع يمينها ، فإن
حلفت ، فلا حدّ عليها للزوج .

ونحن نستتم النقل ، ثم نرجع بالمباحثة إلى محال الإشكال .

[فلو]^(٢) قالت : زنيْتُ بك ، وزعمتُ أنها أرادت ما مكنت أحداً سواك ، وأنت

أعلم ، فإن كان زناً ، فأحسبه كذلك ، فتأويلها هذا مقبول مع يمينها ، كما قدمناه .

ولو قالت : أردت بذلك أني زنيْتُ به قبل النكاح ، فهي قاذفة ومقرّة بالزنا ، فيسقط

حدّ القذف عن الزوج [لإقرارها]^(٣) بالزنا ، وتُحدّ هي حدّ القذف أولاً ، ثم تُحدّ حدّ
الزنا .

فإن رجعت عن إقرارها بالزنا ، نفعها رجوعها في سقوط حد الزنا عنها ، ولم

ينفعها في إسقاط حد القذف ؛ فإنه حدّ لآدمي ، والعقوبات التي هي حقوق الآدميين
لا تسقط بالرجوع عن الإقرار بها .

والذي يجب إنعام النظر فيه أن الرجل إذا قال لأجنبية أو لزوجته : قد زنيْتُ بك ،

فلست أرى هذا اللفظ قذفاً لها صريحاً ، فإنه إذا استكرهها ، فهو زانٍ بها ، وليست

هي زانية ، وإذا لم تكن زانية ، لم يكن نسبتها إلى ذلك قذفاً منه ، فيراجع ، فإن ذكر

ما أشرنا إليه ، كان محتملاً ، وإن فسر به بكونها مطاوعة ، فالذي تقدم منه قذف ؛ فإنّ

قوله زنيْتُ بك مشعرٌ بمطاوعتها ، وقد يحتمل خلاف ذلك ، ولو قلنا إشعاره بالمطاوعة

في مجرى العرف أغلب لم نُبعد ، فكان قوله كنايةً في القذف .

كذلك إذا قالت المرأة زنيْتُ بك ، فما جاءت به كنايةً في قذفه ؛ فأتسع المجال في

(١) في الأصل : ولكلامها .

(٢) في الأصل : ولو .

(٣) في الأصل : لإقرار .

الرجوع إلى قصدها ، وأما قولها : زنيْتُ ؛ فإنه صريحٌ في الإقرار بالزنا ، وحمل هذا على التعقيدات التي ذكرناها يُخَوِّجُ إلى مزيد تقرير .

٩٧٠٢- وأنا أقول فيه : إذا أمكن تأويله - وإن بُعد - فقبوله في دراء حد الزنا غير بعيد ؛ فإنها [لو]^(١) أقرت بالزنا الصريح ، ثم رجعت قبل رجوعها ، فإبعادها في التأويل لا يبعد أن يُقبل .

وإنما محل الإشكال أن المقدوفة إذا أقرت بالزنا ، سقط حدُّ القذف ، فإذا حملت كلامها على المحمل الذي ذكره الأصحاب ، فقبول قولها مع يمينها وإثبات حق الطلب لها في حد القذف قد يغمض ، ثم لا سبيل فيه إلا جريانُ العرف بمثله في المهاترات والشتائم ، وإذا تنبه المرء لما ذكرناه مهّد عذرنا بعد التنبيه للإشكال .

وقد قال الأصحاب : إذا ادعى رجل على رجل مالا ، فقال : زنه هل يكون هذا إقراراً أم لا ؟ فيه تردّدٌ ، ولو قال : زن ، ثم زعم أنه لم يُرد الإقرار ، قبل قوله ، وقوله : زنه لم يبعد حمله على المهاترات ، ولكن التعقيدات والمكاني بالمشاتمات أليق ، ولا خلاف [أن]^(٢) من يدعى مالا ، فلا حاجة إلى حمل الإجابة على الهُزء .
فهذا ما أردنا أن نذكره في ذلك .

وقد ذكر الصيدلاني : أن المرأة إذا قالت : زنيْتُ بك ، وأرادت الاعتراف بالزنا على نفسها ، فهذا قذف منها للزوج ، ومساق هذا يقتضي أن الرجل إذا قال لامرأته : زنيْتُ بك ، فيكون قاذفاً لها ، وهذا عندي غير سديد ؛ فإن القذف نسبة المقدوف إلى صدور الزنا منه / ، وهذا لم يتحقق في المسألتين : إذا قال الرجل : زنيْتُ بك ، أو قالت المرأة : زنيْتُ بك ، فما أرى هذا إلا غفلة^(٣) .

(١) في الأصل : له .

(٢) في الأصل : على .

(٣) تعقب ابن أبي عصرون إمام الحرمين ، وردّ عليه نسبة الصيدلاني بالغفلة ، فقال : «قلت : والحكم بعدم السداد فيه غفلة ؛ لأن قوله : زنيْتُ بك إن كان لفظه إضافة الزنا إليه ، فهو أمر مشترك بينهما ، فمن ضرورته أن يكون أضافه إلى صاحبه ، إلا أن يقول : كانت مكرهة أو نائمة ، أما إذا لم يرد شيئاً ، فالقول سديد » ا. هـ (ر. صفوة المذهب : ج ٥ ورقة : ١٢٦ شمال) .

فإذا تكلفنا في إقامة هذا اللفظ [جعلناه]^(١) كناية - إذ ليس فيه التعرّض لنسبتها إلى الزنا .

٩٧٠٣- قال : « ولو قال الرجل لزوجته يا زانية ، فقالت : أنت أزنّى مني . . . إلى آخره »^(٢) .

هذا منها لا يكون قذفاً صريحاً ؛ لأنها لم تعترف بالزنا ، حتى يكون قول : أنت أزنّى مني إثبات زنا .

وكذلك لو قال رجل لآخر : أنت أزنّى من فلان ، ولم يُثبت الزنا في حق المشبه به ، فلا يكون هذا الذي ذكره قذفاً صريحاً .

ولو قال : فلان زانٍ وأنت أزنّى منه ، فهذا الذي خاطب به قذفٌ ، وقد قذف المشبه به ، فيلزمه حدان إذا كانا مُحْصَنَيْن ؛ فإنه قذف شخصين بالكلمتين .

ولو قال : أنت أزنّى من فلان ، وكان ثبت زنا ذلك المشبه به ببيّنة ، قامت عليه ، أو بإقرار ، نُظِر : فإن كان هذا القائل جاهلاً بزنا فلان المشبه به ، فالذي صدر منه لا يكون قذفاً ؛ فإنه لم يُثبت زنا ذلك الشخص أولاً حتى يكون التشبيه به قذفاً .

ولو كان عالماً بأن فلاناً ثبت عليه الزنا بإقراره أو بالبيّنة . فقال : أنت أزنّى من فلان ، قال القاضي : هذا الآن قذف منه ؛ فإنه شبه المخاطب بمن ثبت عنده زناه ، فكان التشبيه مترتباً على علمه .

فإن قيل : إذا لم يعلم زناه أو لم يثبت زناه ، فهلاً جعل قوله : أنت أزنّى من فلان قذفاً في حق المخاطب ونسبةً للمشبه به إلى الزنا ؛ فإن من ضرورة المبالغة إثبات الاستواء في الأصل ، مع تثبيت مزيّة ، ثم يعبر عنه بهمزة المبالغة ؟

قلنا : هذا غير سديد ؛ فإن الكلام قد يجري على غير هذا النسق ، وإن كان الكلام [القويم]^(٣) يقتضي التسوية في الأصل ، والتعرّض بعد التسوية للمبالغة وإثبات

(١) زيادة من المحقق .

(٢) ر . المختصر : ١٧٥ / ٤ .

(٣) في الأصل : القديم .

المزيتة ، ولكن العبارات لا تجري على النظم المختار في المعنى ، بل هي مرددة بين النظم [القويم]^(١) والمنهج المستقيم ، وبين الحيد [عنه]^(٢) ، حتى يقل في الناس من يرتاد النظم الأقوم ، وإذا نذر الخروج عن النظم في كلام شخص ، عُدَّ مُعْتَبَرُ الدهر ، فلا مؤاخذه بما يجب أن يكون بناء الكلام عليه ، وإنما التعلق بالصيغ في مبانيها ومعانيها .

ولو قال لامرأته : يا زانية ، فقالت : أنت أزنئ مني ، وأرادت بذلك أني زانية ، وأنت أزنئ مني ، فهذا إقرار منها بالزنا ، إن فسرت لفظها بذلك ، ويجب عليها حدُّ الزنا ، وحدُّ القذف ، ويسقط حدُّ القذف عن الزوج^(٣) .

وإن قالت : أردت بذلك أنك الزاني ، ولستُ بزانية ، فأنت أزنئ مني ، فيقبل ذلك ، وتكون قاذفة غير مقررة بالزنا ؛ إذ لفظها يحتمل هذا الوجه .

وهذا أورده صاحب التقريب عن ابن سريج ، وذكره الشيخ أبو علي على هذا الوجه ، ولا خفاء به .

٩٧٠٤- ولو قال لرجل : أنت أزنئ الناس ، فقد أطبق الأصحاب أن هذا لا يكون قذفاً ؛ فإنه لم ينسب الناس إلى الزنا ، ولو قال : في الناس زناة ، وأنت أزنئ منهم ، فهذا قذف .

ي ١٩٧ وقد يعترض / في ذلك [سؤال]^(٤) ، فإنه إذا قال : يا أزنئ الناس ، فليس يخفى عليه أن في الناس زناة ، وقد ذكرنا أن من علم زنا شخصٍ بيينة أو إقرار ، ثم قال لرجل : أنت أزنئ من فلان ، فيكون ذلك قذفاً ، فليكن قوله : أنت أزنئ الناس بهذه المثابة . وهذا فيه تعقيد .

قال القاضي : قوله : أنت أزنئ الناس ، تأويله أنت أعلم الناس بالزنا .

(١) في الأصل : القديم .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) يسقط حد القذف عن الزوج ، لإقرارها بالزنا ، كما هو واضح .

(٤) في الأصل : سؤاله .

وهذا كلام سخيّف ؛ فإن التعرض للزنا لا يجوز أن يُحمَلَ على العلم بالزنا ، ولو جاز هذا ، لجاز أن يقال : إذا قال : أنت أزنى من فلان وكان علمه زانياً ، فلا يكون ذلك قذفاً ؛ حملاً على العلم ، فلا تعلق فيما ذكره .

والوجه أن نقول : لما ذكر الناس وليسوا زناة ، فقد اعتنى بالتشبيه بالجنس ، وليس يتحقق من الجنس الزنا ، وإنما يتحقق من أحادهم ، والآحاد من الناس ليسوا بالناس ، والإشكال مع هذا قائم ، ولم أر في ذلك خلافاً للأصحاب .

وغايتنا التثبت في النقل والإشارة إلى الإشكال ووجوه الاحتمال ، فإن فاتنا نقلٌ نحرص على أن نذكر جهات [الإمكان]^(١) ، والله المستعان وعليه التكلان .

فصل في

قال : « ولو قال لها : يا زانٍ ، كان قذفاً . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٧٠٥- إذا قال لامرأة أو لزوجته : يا زانٍ ، فحذف ما يقتضيه النظم من (هاء) التأنيث ، فالذي جاء به [قذف]^(٣) . والصيغة مختلفة أو لحن - إن كان لا ينقدح لحذف علامة التأنيث سبب .

والمرأة إذا قالت للرجل : يا زانية ، فأتت بالهاء في خطاب من يُذكر ، فهي قاذفة ، ووافق أبو حنيفة^(٤) في الصورة الأولى ، وخالف في الصورة الثانية والمسألة مشهورة معه .

ومما يُجرىه الفقهاء أن حذف الهاء محمول على مذهب الترخيم في مثل قول القائل في (عزة) يا (عزّ) و (بشينة) يا (بشين) على اختلاف المذهبين في رفع الحرف الأخير ونصبه بعد الترخيم .

(١) في الأصل : جهات (الأمر كان) وهو من طرائف التصحيف .

(٢) ر . المختصر : ١٧٦/٤ .

(٣) في الأصل : وقذف .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٨ ، تحفة الفقهاء : ١٤٤/٣ ، فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٤٧٦/٣ ، مختصر اختلاف العلماء ٥١٦/٢ مسألة ١٠٦٧ .

وهذا يُشعر بقلة الدراية بمذهب العرب في باب الترخيم ؛ فإنهم إنما يرخمون الألقاب التي تجري أعلاماً ، فأما الأسماء التي تجري صفاتٍ مشتقةً كالقاتل والزاني ، فلا يتطرق إليها ترخيم إلا في ضرورة الشعر إذا دُفع الشاعر إلى مضائق التَّقْفِيَةِ والأوزان^(١) .

ومما أجراه بعض الفقهاء أن [لفظ]^(٢) (الزانية) في مخاطبة الرجل محمولة على مذهب المبالغة ، كالعلامة والنسابة ، وفلان راوية الشافعي .

وهذا [أمثل]^(٣) قليلاً من الترخيم ، ولكنه باطلٌ أيضاً ، فإنه وإن جرى ، فلم يتمهد قياساً مطرداً ، فلا يقال لمن كثر القتل منه : فلان (قاتلة) ولسان العرب ينقسم إلى ما لا قياس فيه أصلاً ، وإنما المتبع فيه السماع المحض ، وإلى ما يطرد فيه القياس ، وإلى ما يجري فيه قياسٌ مقرون بالسماع .

ولا حاجة إلى التعلق بأمثال هذا ، ومعتد المذهب أن النسبة إلى الزنا تحققت ، ولا تعويلٌ بعد ذلك على لحنٍ في الكلام ، وعلى تحريفٍ عن السداد ، أو لحنٍ بعد تأدية المعنى^(٤) ، ولا خلاف أن الرجل لو قال للمرأة : زنيته بنصب/ التاء ، أو قالت المرأة للرجل زنيته بكسر التاء الضمير ، فاللفظان قذفان ، وإن جريا على ما لا يقتضيه التذكير والتأنيث .

وقال القفال الإشارة أغلب من العبارة ، فإذا أشارت إلى الرجل وقالت : يا زانية ، فليقع التعلق بالإشارة .

(١) العجب أن يقول إمام الحرمين هذا ، ونصُّ الشافعي في المختصر : « ولو قال لها (يا زان) ، كان قاذفاً ، وهذا ترخيمٌ ، كما يقال لمالك : (يا مال) ولحارث (يا حار) » .
والمعروف أن الشافعي تؤخذ منه اللغة ، فهو ممن يحتج بقوله ، شهد له بذلك أئمة اللغة ، وقد صحح عليه الأصمعي ديوان الهذليين (اقرأ مقدمة العلامة أحمد شاکر لتحقيق الرسالة) .
هذا إذا لم يكن في العبارة تصرفٌ من المزني . والله أعلم .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : أشد . والمثبت من صفوة المذهب .

(٤) يظهر اللحن بعد تأدية المعنى في مخاطبة الرجل بقول : (يا زانية) فهذه اللفظة تتضمن الوصف الصحيح (زاني) وتزيد بعده التاء . فاللحن هنا بعد تأدية المعنى .

وذكر صاحب التقريب أن الشافعي رضي الله عنه ذكر فيه إذا قال الرجل للمرأة : يا زان ، أو قالت المرأة للرجل : يا زانية قولين : أحدهما - أن ذلك لا يكون قذفاً صريحاً ؛ فإن كل واحد منهما نسب صاحبه إلى زنا لا يتصور منه .

وهذا غريب جداً ، ولكنه حكاة عن القديم ، ولم [أره]^(١) لغير صاحب التقريب ، ولا تعويل على مثل هذا .

٩٧٠٦- ثم قال : لو قال : « زنأت في الجبل . . . إلى آخره »^(٢) .

إذا قال : للرجل زنأت في الجبل ، فهَمَزَ وذكرَ الجَبَلَ أو غيره مما يُرْقَى فيه ، فليس قاذفاً ؛ فإنه يقال : زناً في الجبل أي رقا ، ومنه قول القائل :
وارق إلى الخيرات زناً في الجبل^(٣) .

ولو قال : زنيت في الجبل ، فأتى بالياء ولكن أضاف إلى الجبل ، ثم زعم أنه أراد بذلك الزنوّ بمعنى الرقي ، فهذا مما اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : لا يقبل ذلك منه ؛ فإن قوله (زنيت) صريح ، وإضافته إلى الجبل منتظم على معنى بيان ذكر المكان ، وهذا ظاهر المذهب .

ومنهم من قال : يقبل ذلك منه لذكر الجبل ، وقرب زنيت من زنأت ، وغلبة حذف الهمزة على الألسن .

(١) في الأصل : لم أر .

(٢) ر . المختصر : ١٧٧ / ٤ . وفي الأصل : (زنيت) والتصويب من المختصر .

(٣) هذا من رجز قاله قيس بن عاصم المنقري يرقص صبيّاً له (وهو حُكَيْمُ بْنُ عَاصِمٍ) وقد تناوله من أمه : منفوسة بنت زيد الفوارس . وقبل هذا قوله :

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل

ولا تكونن كهلّوف وكَلْ

يُصبح في مضجعه قد انجدل

وارق إلى الخيرات زناً في الجبل .

[عمل : اسم رجل . الهلّوف : الثقل الجافي البطين لا غناء عنده . والوكَل : الذي يكل

أمره إلى غيره] (ر . لسان العرب : مادة : زناً ومادة عمل)

قلت : والعامّة في ريف مصر يقولون : (هِلْف) مكان (هِلّوف) تماماً .

ومنهم من فصل بين أن يكون مُعرباً وبين أن لا يكون ، وزعم أن ذلك مقبول من غير المُعرب ، وليس مقبولا من المُعرب .

ولو قال زناً مطلقاً ، فهمز ، ولم يذكر الجبل ، ففي المسألة أوجهٌ إذا زعم أنه أراد الرقي : من أصحابنا من لا يقبل ذلك منه ؛ لأنه ظاهر في معنى الرقي ، ومنهم من قال : يجعل قذفاً ؛ فإن الهمزة والياء تعتقان في الكلام ، ومنهم من فصل بين المُعرب وغير المُعرب ، فقال إن كان الرجل معرباً ، لم يكن ذلك قذفاً منه ، فإن استعمال لفظ الزنا ليس بدعاً من العامة ، فأما إيراد الرقي فمما يختص به أهل البصائر .

فَصْلٌ

« ولو قال لامرأته : زني وأنت صغيرة . . . إلى آخره »^(١) .

٩٧٠٧- إذا قال : زني وأنت صغيرة ، فلا يخلو عن الصغر في أول الأمر مفطور^(٢) ، فلا يكون ما جاء به قذفاً ؛ فإن القذف مأخوذ من حد الزنا ، فكل منسوب إليه لو تحقق ، لكان موجباً لحد الزنا ، فالنسبة إليه [توجب]^(٣) حد القذف ، وإذا لم يكن المنسوب إليه مما يوجب حد الزنا - لو تحقق - فالنسبة إليه لا تكون قذفاً موجباً للحد ، فإذا قال : زني وأنت صغيرة ، فوجود صورة الفاحشة في حالة الصغر لا يتضمن حد الزنا ، فلا جرم لم يكن النسبة إليه قذفاً موجباً لحد القذف . نعم ، هو إيذاء موجبٌ للتعزير .

ي ١٩٨ ولو قال لامرأته : زني وأنت أمة أو مُشركة / ، أو مجنونة ، فإن كان عهد منها هذه الحالات ، فالذي قاله الزوج ليس قذفاً ، كما إذا نسب إلى الصغر .

وإن لم يعهد منها هذه الحالات ، قلنا للزوج : إن أثبت بالبيّنة منها حالة من الحالات التي ذكرتها ، فليست قاذفاً ، [إنما أنت بريء]^(٤) ، وإن لم تُثبت بالبيّنة

(١) ر . المختصر : ١٧٧/٤ .

(٢) مفطور : أي مخلوق .

(٣) في الأصل : موجب .

(٤) في الأصل غير واضحة . هكذا : (فإنها أنت برئ) بهذا الرسم تماماً . (انظر صورتها) .

ما ذكرته ، فالذي جئت به قذفٌ ؛ فإنه نسب إلى الزنا ، ثم ذكر حالة لم تُعرف ولم تُعهد ، فسقط ما ذكره من الإضافة ، وبقي القذف الصريح .

وذكر صاحب التقريب قولاً آخر : أنه لا يلزمه الحد أصلاً ؛ فإنه لم يجرّد القذف ، بل أضافه ، فإن صحت الإضافة ، فذاك ، وإن لم تصح ، بطل إطلاق القذف بها . وهذا وإن كان غريباً في الحكاية ، فليس بعيداً في الاتجاه .

٩٧٠٨- ولو قال لامرأة : زنى بك فلانٌ وأنت مستكرهة ، فالذي ذكره ليس بقذفٍ في حقها ؛ فإن المستكرهة لا تكون زانية ، واختلف أصحابنا في أن هذا هل يوجب إيذاءً موجباً للتعزير : فمنهم من قال : هو إيذاء موجبٌ للتعزير ؛ فإنه على التحقيق إذاها صادقاً كان أو كاذباً ، فصار كما لو قال : زنى وأنت مجنونة أو صغيرة .

ومن أصحابنا من قال : لا يستوجب النسب إلى الاستكراه [التعزير]^(١) ؛ لأن المستكرهة لا ملام عليها بوجه ، ولا يتطرق إليها منعٌ من مانع ، والصبية ممنوعةٌ والمجنونة كذلك .

وهذا ساقط لا أصل له ، وإن كان مشهوراً حكاه القاضي والعراقيون .

ولو قال : زنى [بك]^(٢) فلان الممسوح ، فهذا كلام غيرٌ منتظم .

وكذلك لو قال لرتقاء : زنى ، فقد نسبها إلى ما ليس ممكناً ، واتفق الأصحاب على أنه يعزر لمكان الإيذاء بهذا الإسماع ، ثم ذكرنا فيما تقدم التفصيل فيما يُدرا باللعان من التعزيرات إذا جرت هذه الألفاظ في النكاح ، وما يُختلف فيه .

فإذا نسب المرأة إلى مُحالٍ مما ذكرناه وأثبتنا التعزير ، فقد قال القاضي : لا يُدرا هذا التعزير باللعان ؛ لأن اللعان في مقابلة تلطيخ الفراش ، حتى كأن الزوج يَرَحُضُ ويغسل بلعانه ما ألحقته به من العار ، فإذا ينبغي أن يجري اللعان حيث يُتوقع التلوّث ، وحيث لا ، فلا .

[وقد]^(٣) ذكر العراقيون وجهين : أحدهما - ما ذكره القاضي . والثاني - أنه يلاعن .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) مزيدة من عمل المحقق .

(٣) في الأصل : فقد .

وهذا بعيدٌ ، ولكنه إذا جرى في تعزيز التأديب اختلافُ النصوص وتخريجُ الأقوال ، [لم] ^(١) يبعد إجراؤه هاهنا ، ولكن لا وجه إلا ما قطع به القاضي ؛ من جهة أن الزوج إن ذكر المُحال الذي نسبها إليه ، [لا يمكنه أن يزعم صدقه بل هو محال] ^(٢) وإن لم يذكره ، فاللعان من غير ذكر التصديق فيما جرت النسبة إليه محال غير منتظم .
ولو قال لها : زנית وأنت أمة أو مشركة ، أو مجنونة ، وقد عُهدت هذه الأحوال منها ، فقد ذكرنا أن الرجل لا يكون قاذفاً ، وقال أبو حنيفة ^(٣) إذا قال لها : زנית وأنت أمة أو مشركة ، كان قاذفاً ، فإن زنا الأمة يوجب عليها حد الزنا ، وكذلك زنا المشركة .

وهذا غير سديد ؛ فإننا/ نجعل القذف بالزنا المضاف إلى الحالة السابقة بمثابة إنشاء القذف في تلك الحالة ، ولو قذف أمة أو مشركة ، لم يستوجب حداً ، فإضافة القذف إلى حالة [الشرك] ^(٤) والرق بمثابة إنشاء القذف في الحالتين .

فرع : ٩٧٠٩- إذا قال : زنى فرجك ، فهذا صريح في القذف ، ولو قال : زنت يدك أو رجلك ، وأضاف الزنا إلى بعض من الأبعاض سوى الفرج ، هل يكون ذلك صريحاً في القذف ؟ فعلى وجهين ذكرهما العراقيون وأشار إليهما صاحب التقريب : أحدهما - أنه كناية ، وهو الصحيح ، الذي قطع به المراوزة ، فإن الزنا لا يضاف إلا إلى الفرج ، أو إلى الجملة ، والقذف خبر عن مخبر ، وليس مما يفرض فيه وقوعٌ وسريان ، بخلاف الطلاق والعتاق ، كيف وقد يضاف الزنا إلى الأعضاء ، على معنى صدور مقدماتٍ منها ومراودات . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « العينان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والفرج يصدق ذلك ويكذبه » ^(٥) .

(١) في الأصل : ولم .

(٢) ما بين المعقفين كله من عند المحقق ، حيث كانت العبارة غير مستقيمة ، ولعل فيها خرمًا ، أو تحريفاً ، أو هما معاً . فقد كانت هكذا : « إن ذكر المحال الذي نسبها إليه كان تمكينه من ذكره محال ، وإن لم يذكره » .

(٣) ر . مختصر الطحاوي ٢٦٦ .

(٤) في الأصل : المشركة .

(٥) حديث « العينان تزنيان » أخرجه مسلم من حديث ابن عباس عن أبي هريرة رضي الله عنهما =

والثاني - أنه صريح ؛ فإن اللفظ في نفسه صريح ، والجزء من الجملة ، فكانت الإضافة إلى الجزء كالإضافة إلى الجملة ، كالطلاق .

والذي يحقق ذلك أن إضافة الطلاق إلى الجزء عُدَّ صريحاً قطعاً ، بخلاف ما لو قال لامرأته : أنت الطلاق ، وقد نقل المزمي في (السواد)^(١) ما يدل على الوجه الأخير ، وذهب المراوزة إلى تغليظه في النقل .

ولو قال : زنا يداك وعيناك ، فشئى اليد والعين ، قال العراقيون : في المسألة وجهان مرتبان على ما إذا ذكر اليد والعين على صيغة التفريد ، وجعلوا هذه الصورة أولى بالألا يكون اللفظ صريحاً ؛ لأن الحديث وارد في صيغة التثنية^(٢) ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « العينان تزنيان واليدان تزنيان » .

وقد ذكر الشيخ أبو علي قريباً مما ذكره العراقيون ، ولم أضف ما ذكره إلى طريقة المراوزة ، فإنه كثير النقل عن العراقيين في مسائل اللعان .
صورة مكررة ردها المزمي ولست لها^(٣) .

فصل في

قال : « ولو قذفها ، ثم تزوجها ، ثم قذفها . . . إلى آخره »^(٤) .

٩٧١٠- قد ذكرنا الاختلاف في أن الحد هل يتعدد إذا قذف جماعة بكلمة واحدة ، وذكرنا أيضاً الخلاف في أنه إذا قذف شخصاً واحداً بكلمتين دالّتين على زنتين ، وقربنا إحدى المسألتين من الأخرى ظاهراً وعبرنا عنهما ، فقلنا : إذا تعدد القذف

(١) مسلم : ك القدر ، باب قدر على ابن آدم حظه من الزنى وغيره رقم ٢٦٥٧ . وانظر التلخيص ٤٥١/٣ رقم ١٧٧٢) .

(٢) السواد هو مختصر المزمي ، وانظر هذا في جزء ٤ ص ١٨٤ .

(٣) وجه الأولوية والترجيح واضح ، وهو أن الحديث الشريف وردّ بالتثنية ، وهو غير جارٍ على الحقيقة ، لا شك في ذلك .

(٤) كذا . بالإشارة إلى الصورة التي رغب عنها دون ذكرها . !! فأية صورة هي ؟ ؟

(٥) ر . المختصر : ١٧٨/٤ .

والمقذوف ، تعدد الحدّ ، وإن اتّحد القذف وتعدد المقذوف ، أو اتحد المقذوف وتعدد القذف ، ففي تعدد الحد واتحاده قولان . والمعنيُّ بتعدد القذف تعدد الكلمة على شرط أن تُشعر كل كلمة بزنا .

وتمام التفصيل في هذا يأتي في كتاب الحدود ، وإنما نذكر منه هاهنا المقدار الذي يتعلق باللعان ، وإلا فأصلُ الحد وتعددّه واتحاده ، وبيانُ القول في مستحقّه وتفصيلُ ي ١٩٩ المذهب في العفو والاعتياض / [والإقالة]^(١) يأتي في كتاب الحدود .
فنقول هاهنا :

٩٧١١- إذا قذف الرجل امرأةً ونكحها ، ثم قذفها ، فإن قلنا : الحد يتعدد ويتوجه عليه الطلب في الحال ، فإن لاعن ، سقط الحد الواجب بسبب القذف الواقع في النكاح ، وبقي الحد المتوجّه بالقذف السابق .

وإن حكمنا باتحاد الحد ، فإن لم يلاعن ، لم يتوجّه عليه إلا حدٌّ واحد ، وإن لاعن ، لم يسقط عنه الحدّ ؛ لأن استيجاب الحد سابق على النكاح ، والحد الذي استقر قبل النكاح يستحيل أن يسقط بلعانٍ في النكاح ، فلا يخلو القذف الثاني إما أن يُفرض في حكم الإعادة للقذف الأول ، فيقع الحكم بالأصل لا بالمعاد ، وإن قيل : أوجب كلُّ واحدٍ من القذفين حداً ، ولكن اندرج أحدهما تحت الثاني ، فإذا قدر سقوط حدٍّ باللعان ، وجب أن يبقى الأصل الذي تحته الاندراج .

فيخرج من مجموع ما ذكرناه أنه إن لم يلاعن ، ظهر الاختلاف : فإننا في قول نقيم عليه حدّين ، وفي قولٍ نقيم حداً واحداً .

وإن لاعن ، لم يظهر أثر ؛ [فإننا]^(٢) على القولين نقيم عليه حداً . نعم ، يختلف التعليل ، والحكم واحد .

٩٧١٢- ثم قال : « ولو قال : يا زانية ، فقالت : بل أنت زانٍ . . . إلى آخره »^(٣) .

(١) في الأصل : والإقامة .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) ر . المختصر : ١٧٨/٤ .

صورة المسألة أن يقذف الزوج زوجته ، فيقول لها : يا زانية ، فتعارضه المرأة ، وتقول : بل أنت زانٍ ، فقد قذف كل واحد منهما صاحبه ، وقول المرأة : بل أنت زانٍ ، لا يتضمن اعترافاً بالزنا ؛ فإن (بل) معناه ردُّ لما سبق ، واستئناف الكلام بعده ، ثم لا يكاد يخفى حكم القذفين : أما قذفها ، فموجبه حد القذف عليها ، ولا يدرؤه إلا بيّنة تقوم على زناه ، أو اعترافه ، أو انخراط الحصانة والعفة .

وأما موجب قذفه ، فالحد ، ولكن يدرؤه اللعان ، فإن لم يلتعن ، حد كل واحد منهما لصاحبه .

وليس حد القذف مما يُتَخَيَّل فيه السقوط بالتقاص ، وإن استوى القدران ، والسبب فيه شيان : أحدهما - أن حد القذف لا يقبل المقابلة بالعوض ، والمقاصة باب من المعاوضة ، والثاني - التماثل لا يتحقق ؛ فإن الجلدات لا تتأتى رعاية التماثل فيها ؛ فإن الضربات تتفاوت في أنفسها وتفاوت مواقعها في الأبدان ، على تفاوت القوى والضعف ، والتقاص إنما يجري بين المتماثلين .

قال أبو حنيفة^(١) : [كل]^(٢) شخصين تماثلاً لم يُحدّ واحدٌ منهما وعَلَل ، فقال : إني أستقبح أن أُحدّ كل واحدٍ منهما بصاحبه . قال الشافعي رضي الله عنه : أقبح من ذلك تعطيل حدٍّ من حدود الله ، وهذا لا يليق بأصل أبي حنيفة مع مصيره إلى أن حدّ القذف يجب لله تعالى .

٩٧١٣- ثم قال « لو قذفها وأجنبيةً بكلمةٍ . . . إلى آخره »^(٣) .

إذا قذف زوجته وأجنبيةً بكلمة واحدة ، ففي تعدد الحد قولان مرتبان على القولين فيه إذا قذف أجنبيّتين أو زوجتين ، وهذه الصورة أولى بالتعدد ، لاختلاف أثر القذف الذي يُفرض مضافاً إلى الزوجة والأجنبية ، ثم إذا فرعنا على التعدد ، فلا عن ، سقط حد المرأة ، وبقي [حدّ الأجنبية]^(٤) .

(١) ر . بدائع الصنائع : ٤٣/٧ .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ١٧٩/٤ .

(٤) في الأصل : الحد للأجنبية .

ش ١٩٩ وإن/ قضينا باتحاد الحد ، فإذا لاعن عن زوجته ، فللأجنبية مطالبته بالحد الكامل ؛ فإن اللعان [لا]^(١) يُسقط الحدَّ الواجب للأجنبية ، فإذا على قول الاتحاد إن لم يلاعن ، فالحد واحد والطالبة اثنتان ، فإن لاعن ، فالحد واجب والطلب لواحدة ، وهي الأجنبية .
ثم قال :

٩٧١٤- « ولو قذف أربع نسوة له بكلمة واحدة »^(٢) ، ففي المسألة قولان - إذا فرض الامتناع من اللعان : أحدهما - أنه يلزمه حد واحد لهن ، والقول الثاني - يلزمه حدود .
فإن قلنا : يلزمه حدود لو امتنع عن اللعان ، فلو طالبته ، فأراد أن يقتصر على لعان واحد عن جميعهن ، لم يكن له ذلك ؛ فإن كل واحدة منفردة بحدّها وحقّها ، والخصومات منفصلة متميزة ، واللعان على مثابة الأيمان ، واليمين لا يعمل في خصومتين متعدديتين .

ولو قلن : رضينا باللعان الواحد ، فهذا مما يجب إنعام النظر فيه ؛ فإن طلبت واحدة وأعرض الباقيات ، فلا إشكال فيها ، فليلتعن مع الطالبة ، والخصومات عتيدة^(٣) مع الباقيات مهما^(٤) طلبن ، وإن أراد الزوج أن يلتعن في حقوقهن من غير طلبهن الحدّ ، ففيه الخلاف الذي قدمته في أوائل الكتاب :

إذا جوّزنا ذلك والتفريع على تعدد اللعان ، فإنه يلتعن عن كل واحدة لعاناً تاماً .
ولو اجتمعن ، وطلبن ، وادّعين ، ورضين بلعان واحد - والتفريع على قول تعدد اللعان - فللزوج أن يمتنع عن اللعان مع بعضهن ، ثم تجري عليه أحكام الممتنعين عن اللعان ، فإن كان الزوج راضياً بأن يلتعن عنهن لعاناً واحداً ، [وقد]^(٥) رضين بذلك ، فالذي نراه أن اللعان الواحد لا يقع موقعه ، ولا يصح فرضه على الاشتراك بينهما ؛ فإن

(١) زيادة اقتضاها استقامة الكلام .

(٢) ر . المختصر : ١٧٩/٤ .

(٣) عتيدة : مستقرة باقية ثابتة .

(٤) مهما : بمعنى إذا .

(٥) في الأصل : « فقد » .

الأيمان لا تقبل هذا الفن من التصرف ، فلا يختلف الأمر بالرضا ونقيضه .

فإنه لو ادعى على رجل واحد أقواماً حقوقاً ، وزعموا أنا رضينا بأن يحلف يميناً واحداً ، فهذا يخالف نظم الشريعة وترتيبها في فصل الخصومات ، فلا عهد بيمين ينفي قصاصاً ومالاً وحداً قذف ، ونفرض أيضاً يمين الرد ، فيقع التعرض لإثبات حق ، وهذا مما لا سبيل إليه .

وكل خصومة تنفرد بيمينها عن الأخرى ، بل الخصومات لا تقام على الازدحام ، ولا يُصغي القاضي إلى دعوى قبل فصل الدعوى الأولى . وإذا لم تنتظم الدعاوى ، كيف يفرض عرض اليمين من الجميع ؟ نعم ، إذا سبقت واحدة في مسألتنا بالدعوى ، واتفق أن الزوج أجرى ذكرها في اللعان ، انصرف إليها ، والخصومات الأخرى باقية ، والدعاوى السابقة باطلة والرضا مضمحل ، فلتدع بعد الأولى من تدعي بقرعة ، أو رضاً بتقديمها .

هذا ما نراه بالجملة ، والقول في اللعان كالقول في الأيمان مع تعدد الخصوم والحقوق ، فإن كان في رأي الناظر التفاتٌ إلى إشكال في تعدد الأيمان ، ففيما ذكرناه مَقْنَع .

وإذا انتهينا إلى كتاب الدعاوى ، وبيننا أحكام الأيمان ، ومنازل الحُجَج والبيِّنات ، لاح الغرض من هذا ، وقد نقول / ثم : لا يشهد شاهد في خصومتين بلفظة واحدة ، ٢٠٠ ي وإذا أحلنا مشكلةً على كتاب ، فليُنْتَظَر إلى الانتهاء إلى ذلك الكتاب .

هذا تفريعٌ على تعدد الحد في اللعان .

٩٧١٥- فأما إذا قلنا : لا يتعدد الحد ، فهل يتعدد اللعان ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يتعدد ، فليلتعن في حق كل واحدة منهن ، وهذا هو المذهب الظاهر ؛ لأن الحد ، وإن كان متحداً ، فالخصومات متعددة بتعدد الخصوم ، وإذا تعددت الخصومات ، فليتعدد أيمانها .

والوجه الثاني - أنه يكفي لعان واحد في حقوقهن ، فيذكرهن ويسميهن في حكم اللعان ، ويحصل الغرض في حق كل واحدة منهن .

وهذا القائل يحتج بأن الزوج يُثبت بلعانه عليهن^(١) حقاً ، هذا صيغة لعانه ، ثم يندفع عنه حد القذف تبعاً ، [واليمين]^(٢) إذا كانت تُثبت حقاً ، فلا يمتنع أن تُثبت حقوقاً كالبينة ، فإنها قد تشهد على جمع من الناس لشخص واحد .

وحقيقة هذا الخلاف يعود إلى أنا في أحد الوجهين ننظر إلى طلبهن الحد ، ونقدر الزوج مطلوباً من جهاتهن ، فعلى هذا لا بد من تعدد اللعان ، وعلى الوجه الثاني نقدر الزوج مثبتاً عليهن الزنا ، فعلى هذا لا يمتنع اتحاد اللعان كالبينة تشهد على حقوقٍ مختلفاتٍ على خصوم .

فإن حكمنا بأن اللعان يتحد ، فإذا اجتمعن اتعن عنهن لعاناً واحداً ، وإن لم يطلبن ، وأراد الزوج أن يلتعن ، وفرعنا على أن اللعان يجري من غير طلب من جهتهن ، فيكفيه أن يذكر جميعهن في لعان واحد .

فإن قلنا : لا يجري اللعان من غير طلب ، فلو لاعن مع طالبة ، وأراد ذكر اللواتي تخلفن عن الطلب ، لم يكن له ذلك ، فإذا جاءت أخرى ، فلا بد من التعان جديد معها ، وهذا بمثابة ما لو اتعن ، فذكر واحدة ، واقتصر على ذكرها ، فإذا أراد أن يلتعن مع أخرى ، فلا بد من لعانٍ جديد .

هذا كله تفريع على اتحاد اللعان عند فرض اجتماعهن وطلبهن .

فأما إذا حكمنا بتعدد اللعان ، فلو اجتمعن ورضين بلعانٍ واحد ، فالقول في رضاهن باتحاد اللعان - والتفريع على تعدده - كالقول بأن اللعان يتعدد تفريعاً على تعدد الحد ، وقد ذكرنا هذا في صدر الفصل .

٩٧١٦- ومما نذكره متصلاً بهذا أنهم إذا ازدحمن وتشاحن ، وطلبت كل واحدة منهن البداية ، فيقرع بينهما قال الشافعي : « لو بدأ القاضي بواحدة منهن من غير قرعة رجوت ألا يأثم »^(٣) فاختلف أصحابنا : فمنهم من جعل هذا ترديد قول ، ثم هذا

(١) أي يثبت عليهن الزنا الذي رماهن به ، واستحقاقهن عقوبة ذلك ، حداً أو تعزيراً ، ولا يتعرض لسقوط الحد عنه ، ولكنه يسقط تبعاً . هذا معنى العبارة .

(٢) في الأصل : والبينة .

(٣) ر . المختصر : ١٧٩/٤ .

يجري في الخصوم إذا ازدحموا ، كما سيأتي ذكره في كتاب أدب القاضي .

ومن أئمتنا من خصص هذا التردد بالقذف واللعان في الصورة التي ذكرناها ؛ من حيث اعتقد أن الأمر قريب والخصومة متجانسة .

٩٧١٧- ثم قال : « فلو أقر أنه أصابها في الطهر الذي رماها فيه . . . إلى آخره »^(١) .

إذا أراد نفي الولد المتعرض للثبوت باللعان ، فله ذلك ، كما قدمناه ، فلو اعترف بأني وطئتها ، ولم يدع استبراءً بعد الوطء ، وقد أتت بالولد / لزمان يُحتمل أن يكون ٢٠٠ ش العلوق به من الوطء الذي اعترف به ، فله أن ينفي الولد باللعان - وإن لم يدع بعد الوطء استبراءً - خلافاً لمالك^(٢) ؛ فإنه قال : إذا اعترف بالوطء ، لم يكن له أن يلاعن حتى يدعي الاستبراء بعد الوطء ، فإذا ادعاه ، كان له الالتهان ، ويكفي الدعوى ، فلا حاجة إلى إثبات الاستبراء بإقامة البينة على إقرارها به .

ثم لما ذكر الشافعي مذهب مالك [قال : وقد نجد]^(٣) لمذهبه متعلقاً من قصة العجلاني ؛ فإنه لما قذف امرأته بشريك بن السحماء ، قال فيما قال : لم أقربها في الطهر الذي زنت فيه ، فكان ذلك ادعاء استبراء منه . ثم أجاب الشافعي بأن العجلاني إنما قال ما قال ، اتفاقاً ، لا أنه شرط ، فليس كل ما أجراه العجلاني يجب أن يُعتقد شرطاً ؛ فإنه سمي المدعى به ، وذكر أنه ما أصابها منذ أشهر ، وتعرض رسول الله صلى الله عليه وسلم لأوصاف المولود فقال : إن جاءت به أدعج خدلج الساقين ، فلا أراه إلا وقد صدق عليها ، وكل ذلك مما لا يشترط .

ومن تمام كلام الشافعي أنه قال : ولا معنى للاستبراء في انتفاء الولد ؛ فإنها قد ترى الدم على الحبل ، وإن اختلف العلماء في أنها حيض أم فساد . فأشار بهذا إلى أن

(١) ر . المختصر : ١٨٠ / ٤ .

(٢) ر . القوانين الفقهية : ٢٤٢ ، جواهر الإكليل : ٢٨٧ / ٢ .

(٣) زيادة اقتضاها السياق ، وعبارة الشافعي في المختصر : « وذهب بعض من ينسب إلى العلم أنه إنما ينفي الولد إذا قال : « استبرأتها » ، كأنه ذهب إلى أن نفي ولد العجلاني إذا قال : لم أقربها منذ كذا وكذا » (ر . المختصر : ١٨٠ / ٤) .

الاستبراء وإن جرى ، فلا يمتنع أن يكون العلوق من الزوج .

٩٧١٨- وهذا منتهى كلام الشافعي في التفصيل^(١) ، وفيه غائلة عظيمة الوقع ، وذلك أنا قدمنا أن الرجل إذا وطىء امرأته في طهر ، لم يستبرئها ، ثم عاينها تزني في ذلك الطهر ، ولم يتخلل استبراءً ، فإذا أتت بولدٍ لزمانٍ يُحتملُ أن يكون العلوق به من وطئه ، ويحتمل أن يكون العلوق به من الزنا ، فلا يحل له نفي المولود والحالة هذه ، وإنما ينفي المولود إذا استبرأها بعد الوطء ، وجرى الزنا بعد الاستبراء ، وأتت بالولد لزمانٍ يحتمل أن يكون العلوق به من وطء الزوج ومن السفاح ؛ فإذا ذاك نقول : له [أن]^(٢) ينفي ، وذكرنا تردداً في وجوب النفي وجوازه ، وقد قال الشافعي في هذا الفصل ما قال .

فإن حمل حامل كلامه في هذا الفصل على أن الاستبراء لا أثر له ، واعتضد بقول الشافعي في آخر الفصل : « لا معنى للاستبراء في نفي الوليد » ، فيكون مضمون هذا الفصل مخالفاً لما قدمناه لا محالة ، ويجب على قياسه أن [يكون]^(٣) له النفي إذا جرى الزنا - وإن لم يتخلل استبراء - إذا أمكن أن يكون العلوق من ذلك الزنا . وهذا ليس بعيداً من جهات الاحتمال لو كان مذهباً لذي مذهب .

ويجوز أن يقال : ليس يحل له أن يلتعن إذا لم يجر استبراء بين الوطء والزنا ، بينه وبين الله ، ولكنه إذا جاء يلتعن ، فليس عليه أن يذكر أني استبرأتها ؛ وذلك أنه لو ذكر هذا ، لكان مدّعياً في ذكره ، ولو مست الحاجة إلى ذكره ، لمست الحاجة إلى إثباته ، والقذف في اللعان يبتني على لوث لا يجب إظهاره للقاضي ، ولكنه مرعي في ي ٢٠١ حق الزوج بينه وبين الله ، واللوث الذي يجب إظهاره لوث الدم في أيمن القسامة / .

والشافعي كرر في الفصل تعرض الزوج لذكر الاستبراء ، وأبان أنه لا يجب ذلك ، ولولا قوله في آخر الفصل : « إن الاستبراء لا أثر له » ، لكنا نقطع بأنه أراد بما قال أن

(١) كذا . ولعلها : في الفصل .

(٢) زيادة لوضوح الكلام .

(٣) في الأصل : كل .

الزوج لا يلزمه ذكر الاستبراء ، ولكن ختمُ كلام الشافعي ما ذكرناه من إسقاط أثر الاستبراء .
فانتظم من هذا إشكال ، والظاهر الذي ذكره الأئمة : « أنه لا يحل نفي النسب إذا جرى وطء في الطهر وزناً بعده ، ولم يتخلل بينهما استبراء » ، ولكن وإن كان كذلك ، فلا يجب على الزوج ذكر الاستبراء ، خلافاً لمالك ، فإنه أوجب الذكر ، وما احتج له الشافعي ولكن تعلق بقصة العجلاني وأنه ذكر الاستبراء .
هذا هو الظاهر .

٩٧١٩- ولا [يُمْتَنَعُ]^(١) أن يقال : يجوز نفي الولد ، وإن لم يجر استبراء ؛ تعلقاً بنص الشافعي في الآخر ، ثم هذا لو كان مذهباً لا يعدم ناصره تعليله بما ذكره الشافعي من أن الاستبراء لا أثر له ؛ فإنه لا يفيد القطع ، وإذا لم يُفد ، فالاحتمال كافٍ في إلحاق النسب ، فإن لم نشترط الاستيقان ، فلا معنى لترجح ظن واستواء احتمالين في نفي النسب ، مع ابتناء القاعدة على أن النسب يَعْتَمِدُ أدنى إمكان .

ويعتضد هذا أيضاً بما نصفه ، ونقول : إذا وطئ الرجل زوجته في طهر ، ثم وطئها واطئاً بشبهة في ذلك الطهر ، فما وقع من اللبس يدرؤه القائف ، فإذا جرى زناً ووطئاً ، فلا قائف ، واحتمال النسب مع تلطيخ الفراش عظيم ، والانتساب إلى الآباء ليس أمراً مقطوعاً به ، فلا يبعد أن يثبت اللعان .

هذا منتهى الإمكان . والتعويل على المسلك الأول .

فَصْلٌ

قال : « ولو زنت بعد القذف أو وُطِئَتْ وطئاً حراماً . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٧٢٠- هذا الفصل مضمونه التعرض للحصانة ، وهو من الأصول ، وقد كثر فيه الخط على ظهوره ، فنقول والله المستعان : نشترط أن يكون المقدوف بالغاً ، عاقلاً ، حراً ، مسلماً ، عفيفاً من الزنا .

(١) في الأصل : « لا يلتزم » .

(٢) ر . المختصر : ٨١ / ٤ .

هذا معنى الإحصان في المقذوف ؛ فإن القذف جنائية على العرض ، وإنما يكمل العرض عند تجمع هذه الصفات ، وغرضنا من جميعها الكلام على العفة من الزنا ، فنقول أولاً : إذا زنى الشخص ، وثبت زناه بالبيّنة أو بإقراره ، فهذا شخص لا عرض له ، وكأن أصل العرض العفة من الزنا ، وبقية الصفات في حكم التكميل له ؛ فإن القذف نسبة إلى الزنا ، وإنما يتعيّر بالنسبة إلى الزنا عفيف عنه ، فأما الزاني فيخجل^(١) من ذكر الزنا ، فقال العلماء : من قذف زانياً ، لم يستوجب الحد بقذفه . نعم ، يستوجب التعزير بإيذائه .

ثم ذكر القاضي أن من زنا مرة واحدة في عنفوان شبابه ، ثم تاب وأناب ، وصار من أعف خلق الله ، وأزهد عباده ، فلا حدّ على من يقذفه ، وإن تمادى الزمن ، ونيف على المائة . وكذلك القول فيما إذا زنت مرّة ثم قذفت .

وهذا دعوى عريضة ، وما أراها تسلم عن الخلاف ؛ فإن التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، والتوبة تمحو الذنب ، وتردّ العدالة ، وما يخرم المروءة إذا ترك ، عادت المروءة ، وانجبر / ما كان فيها من خرم ، وإذا كنا فسقنا الرجل لزناه ، ثم لما تاب واستبرأناه ، قبلنا شهادته وعدّلناه ، فهذا عودٌ إلى الاعتدال والكمال ، وما العرض إلا نباهة تسمى الجاه ، ولا شك أن من يُخرم جاهه ، فقد يعود إلى ما كان عليه^(٢) ، ولم أر هذا التصريح على هذا الوجه في شيء من كتبنا .

(١) كذا . ولعلها : لا يخجل .

(٢) جعل إمام الحرمين عود الحصانة بالتوبة وصلاح الحال احتمالاً ، ولم يجعلها وجهاً ، وقد رمز الرافعي إلى كلام إمام الحرمين ، ولم يصرح باسمه ، بعد ما قطع بعدم عودة العفة ، ونص كلامه : « من زنى مرة ، سقطت حصانته ، ولم يوصف بالعفة والصلاح بعده ، فلا يحد قاذفه ، ولكن يعزر للإيذاء ، وهذا ظاهر إن قيد القذف بالزنا السابق ، أو أطلق ، فإنه صادق في أنه زنى ، فأما إذا قيد القذف بزنا متأخر ، فقد استبعد سقوط الحد مستبعدون ، ولم يقيموه مع ذلك وجهاً » ١ . هـ (ر . الشرح الكبير : ٣٥٢ / ٩) وبمثله قال النووي موجزاً (الروضة : ٣٢٥ / ٨) .

ثم [ادعاء] ^(١) القاضي فيه الوفاق مع أبي حنيفة ^(٢) [وجزئي] ^(٣) معه في معارضات في مسألة [سندكرها] ^(٤) الآن .

ومن أهم ما يجب الاعتناء به أن العفة عن الزنا لا يُنَحَى [بها] ^(٥) نحو التعديل ، فإذا كان الأمر كذلك ، ثم التائب من الزنا يعدل إذا حسنت حالته ، وظهر عدالته ، فكيف يسوغ القطع بتأبد سقوط الحصانة ، ولو لم يكن فيه إلا تهدف الإنسان [لشئمة] ^(٦) الخلق من غير أن يحاذروا حدّاً رادعاً ، لكان في هذا كفاية في إيضاح ما ذكرناه من الاحتمال .

٩٧٢١- ووجدت الطرق متفقة على أن من رأيناه يراود ويشبب ويحوم على طلب الزنا ، ولم يثبت منه الزنا ، فهو مُحَصَّنٌ في القذف ، فلا أثر للمراودات والمقدمات .

٩٧٢٢- ومما يليق بما نحن فيه أنه لو قذف شخصاً والتزم الحد في ظاهر الحكم ، ثم زنى المقدوف قبل إقامة الحد ، قال الشافعي : يسقط حدُّ القذف ؛ فإننا نستبين بصدور الزنا منه سقوط عِرضه ، وقيل : « أتى عمرُ بن الخطاب بزانٍ ، وقُدِّم لإقامة الحد ، فقال يا أمير المؤمنين : إن هذا مني لأول مرة ، فقال : كذبت إن الله أكرم من أن يفضح عبده بأول جريمة » ^(٧) .

هذا نصُّ الشافعي .

وقال المزني : لا يسقط الحد بطريان الزنا ، وكنا نقدر هذا تخريجاً في المذهب ،

(١) في الأصل : ادعى .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٦ ، بدائع الصنائع : ٤١-٤٠ / ٧ .

(٣) في الأصل : وأجراه معه .

(٤) في الأصل : فسندكرها .

(٥) في الأصل : به .

(٦) في الأصل : بشئمة .

(٧) قال الحافظ في التلخيص : هذا لم أره في حق الزاني ، إنما أخرجه البيهقي (٢٧٦ / ٨) عن أنس أن عمر أتى بسارق فقال : « والله ما سرقت قط قبلها . فقال : كذبت ، ما كان الله ليسلم عبداً عند أول ذنب ، فقطعه » . وإسناده قوي . (ر . تلخيص الحبير ٤٥٠ / ٢) .

فرايْتُ للشيخ أبي علي في شرح التلخيص أن هذا قولُ الشافعي في القديم ، فانتظم إذاً قولان : أحدهما - وهو الصحيح المنصوص عليه في الجديد أن الحد يسقط ، ولا فرق بين أن يقرب الزمان المتخلل بين القذف والزنا [وبين] ^(١) أن يبعدَ ويَتِمَادَى .

وفي المسألة قولٌ آخر - على ما حكاه الشيخُ ، وهو منسوبٌ إلى القديم - أن الحد لا يسقط .

٩٧٢٣- [ولا] ^(٢) خلاف أن المقذوف إذا ارتد ، لم يسقط الحد عن قاذفه برّدته ، وفي الفرق بين الردة وبين الزنا عُسرٌ ؛ فإن الزنا إن دلّ على إضمار خبث فيما سبق ، حيث إنه لا يتفق الهجوم على الزنا من غير إضمار [ذلك] ^(٣) فيما تقدّم ، فكذلك الردة ، لا يُظهرها المرء إلا وقد سبقت منه ترددات .

فمما قيل في الفرق أن الردة لا تصدّق القاذف في معنى القذف ، والزنا يصدق في معنى القذف على الجملة ، وهذا يؤول إلى أن أصل العرض يُتلقى من عدم الزنا ، وباقي الصفات تكميل للعرض .

ثم قال القاضي : الزنا المتقدم على القذف يؤثر في إسقاط الحد ، وكذلك الزنا المتأخر ، ولو ارتد الرجل ، أو كان كافراً أصلياً ، ثم أسلم ، وقُذف ، وجب الحد ي ٢٠٢ على قاذفه ، فلما/ افرق الكفر والزنا إذا تقدما ، فلا يمتنع أن يفترقا إذا تأخرا . هذا كلامُ القاضي وتصرفه .

وفي النفس شيء من الزنا المتقدم ، وقد ذكرنا صدرأ صالحاً فيه ، ونحن نزيده إيضاحاً وتفصيلاً ، فنقول : إذا سبق الزنا ، فقال القاذف : قد زنيت ، وصرح بما سبق منه ، فلا شك أنه ليس بقاذف ، وإن قال : زنيت مطلقاً وتردّد لفظه ، فالوجه القطع بأن الحد لا يتوجه عليه أيضاً .

(١) في الأصل : فبين .

(٢) في الأصل : فلا .

(٣) مكان كلمة غير مقروءة . (انظر صورتها) .

فإن قال : زنتَ اليومَ ، وكان تقدم منه الزنا منذ سنين ، فهذا موضع النظر ،
فالقاضي قاطع بأن الحد لا يلزم .

ويظهر عندنا الحكمُ بلزوم الحد ، [إذا ظهرت]^(١) التوبةُ وقُبِلَت الشهادة ، قُبِلَ الزنا
المذكور في صيغة القذف ، وإذا كنا نذكر قولاً في الزنا بعد القذف ، فهذا يهون أمر
ارتفاع حكم الزنا السابق بالعفة اللاحقة .

وكان شيخي يقول مفرعاً على أن الزنا بعد القذف يُسقط الحد : هذا دليل على أن
[مقدمات]^(٢) الزنا إذا ظهرت ، قدحت من العفة ، ووجه الاستدلال أن الزنا المتأخر
لا يدل على زناً آخر مقترن بالقذف أو متقدم عليه ، وإنما يدل على أن الزنا لم يقع
فجأةً ، وإنما تقدمت عليه مقدمات .

وهذا ظنٌّ لا تعويل عليه ، ولم يصر أحد من الأصحاب إليه ، ولكن الزنا يُسقط
العفة ، ويبين أن الرجل عديم العرض ، وإن لم تسبق منه مراودة ، فهذا ما يجب تنزيل
المذهب عليه .

٩٧٢٤- وقد حان الآن أن نتكلم في جهات الوطء وما يؤثر منها في العفة وما لا
يؤثر .

والوجه أن نرسم مسائلَ نأتي بها أرسالاً ، ثم نذكر بعد نجازها ضوابطاً ، فنقول :
أما الزنا الذي يوجب الحد ، فلا شك أنه يخرم العفة ويُبطلها ، ولو وطىء أخته من
الرضاعة أو النسب في ملك اليمين ، فإن قضينا بأن الحد يجب ، وهو أحد القولين ،
فتبطل العفة لا محالة ، وإن قلنا : لا يجب الحد [لشبهة]^(٣) الملك ، ففي سقوط العفة
وانتهاك العرض وجهان : أحدهما - أن العفة لا تسقط ، فإن المرعي العفة من الزنا ،
وهذا الذي صدر منه ليس من الزنا .

والوجه الثاني - أن العفة تسقط ؛ فإن من وطىء أخته على علمٍ بالمحرّم ، تبين أنه

(١) في الأصل : وإذا ظهرت .

(٢) في الأصل : مقدمات .

(٣) في الأصل : بشبهة .

لا يتحاشى من الزنا ؛ فإن النفوس أبعد عن احتمال اقتحام هذه الكبيرة مما هو زنا محض في أجنبية ، فليس لمن وصفناه عرضاً وتماسكاً يحفظ عليه نباهته وجاهه ، أو تورعه عن هذا [التردي] ^(١) .

وإذا وطىء الأب جارية ابنه ، أو وطىء أحد الشريكين الجارية المشتركة ، والتفريع على أن لا حد ، ففي بطلان الحصانة وسقوط العفة وجهان مرتبان على الوجهين المتقدمين في وطء ذوات المحارم ، والصورة الأخيرة أولى بأن لا تسقط العفة فيها ؛ فإن أحد الشريكين يتوصل إلى نقل ملك شريكه إلى نفسه بطريق الاستيلاء ، وإذا ثبت الحل ، وذوات المحارم لا تستحل ، وجارية الابن في حق الأب تقع في مرتبة ش ٢٠٢ الجارية المشتركة في حق / أحد الشريكين .

ولو نكح الشافعي بغير وليٍّ مخالفاً عقده ^(٢) ، وألم بالمنكوحة ، ففي سقوط الحصانة بهذه الجهة وجهان مرتبان على المسألة الأخيرة ، وهذه المسألة أولى بأن لا تسقط العفة ، فإن الحل في المنكوحة بغير وليٍّ مختلف فيه ، وليس في المسألة إلا أنه خالف عقد نفسه .

ولو وطىء بشبهة في نكاح فاسد أو على ظن زوجية ، ففي سقوط العفة وجهان مرتبان على المسألة الأخيرة قبلها ، وهذه أولى بأن لا تسقط العفة فيها ؛ فإن صاحب هذا الوطء ليس ملوماً في عقده ، ولا تسقط عدالته بما جرى منه .

فإن قيل : قد طال الترتيب ، فما وجه إسقاط الحصانة والرجل معذور ؟ قلنا : هذا محمول [على ترك التحفظ] ^(٣) ، وقد تعلق بترك التحفظ ما نعلقه بالهجوم على المحرم ، وهذا كمصيرنا إلى أن القتل المحرم يُحرّم الميراث ، ثم ألحقنا به القتل الواقع خطأً ^(٤) .

وألحق أئمتنا بهذه المرتبة ما لو جرت صورة الفاحشة في حالة الصبا ، وهذا أبعد

(١) ما بين المعقفين مكان كلمة تعذر قراءتها .

(٢) عقده : المراد اعتقاده ورأيه ، وهو هنا المذهب الشافعي .

(٣) في الأصل : على ترك اللفظ الحفظ .

(٤) أي علق الحرمان من الميراث بالقتل الخطأ ، لترك التحفظ .

الصور ، وإن لم يكن من الخلاف فيها بد ، فلترتب على وطاء الشبهة من المكلف ، والفارق سقوط التكليف عن الصبيان بالكلية ، فلا لوم ، ولا توبيخ ، والواطىء بالشبهة قد يتعرض لترك الأمر بالتحفظ .

فأما الوطاء في حالة الحيض والإحرام ، فالذي قطع به الأئمة أجمعون أنه لا يؤثر في خرم الحصانة .

وحكى القاضي فيه وجهاً غريباً أنه يخرم عند بعض الأصحاب ، وهذا بعيد ، لا احتفال به ، وليس معدوداً من المذهب .

٩٧٢٥- وإذا جمعنا المسائل وفهمنا ترتب البعض منها على البعض ، فأردنا أن نجتمع ما في القاعدة بمسائلها من الأقوال ، فنقول : انتظم من المسائل ومراتبها أوجه : أحدها - أنه لا يسقط العفة إلا ما يوجب الحد .

والثاني - أنه يسقطها ما تقدم ، ووطاء ذوات المحارم .

والثالث - يسقطها ما تقدم ، ووطاء الأب^(١) والشريك .

والرابع - يسقطها ما تقدم والوطاء في النكاح على خلاف العقد ، وإن أحله بعض العلماء .

والخامس - يسقطها ما تقدم ووطاء الشبهة من المكلف .

والسادس - يسقطها ما تقدم ووطاء الصبي أيضاً .

وأما وطاء الحائض والوطاء في زمان الإحرام ، فخارج عن القانون .

ولا أثر لمقدمات الوطاء أصلاً ، وما حكته عن شيخي محمول على ترديد

الاحتمال ، فهذا قول بالغ فيما يسقط العفة ، وفيما لا يسقطها .

فصل في

٩٧٢٦- ثم قال : « ولو لاعنها ، ثم قذفها ، فلا حد لها . . . إلى آخره »^(٢) .

مضمون هذا الفصل يبين بفرض مسائل تقع نوعين : أحدهما - في قذف الزوج .

(١) أي لجارية ابنه ، والشريك للجارية المشتركة .

(٢) ر . المختصر : ١٨٢/٤ .

والثاني - في قذف الأجنبي .

ي ٢٠٣

أما مسائل قذف الزوج / فنقول : إذا قذف الزوج زوجته وتلاعنا ، فلا يخفى حكم هذا القذف ، وإنما مقصود الفصل ما يقع من قذف بعد هذا ، فنقول : إذا قذفها بعد التلاعن ، لم يخل : إما أن يقذفها بذلك الزنا الذي جرى التلاعن عليه ، وإما أن يقذفها بزنية أخرى ، فإن قذفها بتلك الزنية ، فلا يستوجب الحد ؛ فإنه أقام الحجة على تصديق نفسه ، ولكن اندراً الحد عنها بلعانها . نعم ، يُعزّر الزوج لإيذائه إياها .

ولو قذفها بزنية أخرى بعد تلك الزنية ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن الحد لا يجب ؛ لأن الزوج أقام الحجة على زناها ، فسقطت حصانتها في حقه .

والقول الثاني - أن الحد يجب ؛ فإن تلك الحجة ما أثبتت الزنا على الإطلاق ، وإنما أثبتت تصديق الزوج في ذلك القذف المعين ، ثم إن انخرم عرضها بلعانه ، فقد تداركه لعانها .

ومن أصحابنا من قطع القول بوجوب الحد على الزوج إذا نسبها إلى زنية غير الأولى لما ذكرناه من أن اللعان حجة خصوص ، وإذا عورض الزوج باللعان^(١) ، لم يبق للعانه أثر إلا إسقاط حد القذف الأول ، وإلا فللعانها في تبرئتها لا ينحط عن لعانه في نسبتها إلى الزنا .

ولو قذفها بعد اللعان بزناً قبل اللعان ، ففي المسألة وجهان : أظهرهما - أنه يحد ؛ فإن اللعان لم ينعطف على ذلك الزنا .

والوجه الثاني - أنه يعزّر كما لو قذف شخصاً ، ثم أقام على زناه بيّنة^(٢) ، وهذا فيه إذا لم يعن بقذفه الزنا الذي عناه من قبل ولا عن عليه .

ولو تلاعنا ، ثم قذفها بعد التلاعن ، ولم ينص على زنية جديدة ، فهذا عندي بمثابة ما لو قذفها بتلك الزنية التي جرى التلاعن عليها ، هذا إذا تلاعنا .

(١) إذا عورض الزوج باللعان : المعنى أن لعانها عارض لعانه وقذفه .

(٢) أي إذا كرر قذفه بتلك الزنية التي أقام البيّنة عليها ، فهو وإن أسقطت البيّنة عنه الحدّ أول مرة ، فلا يسقط عنه التعزير بتكرير القذف .

٩٧٢٧- فأما إذا لاعن الزوج وامتنعت عن اللعان ، وأقمنا عليها حدَّ الزنا ، فلو قذفها بعد ذلك بذلك الزنا ، فلا يخفى الحكم فيه ، والإيذاء محقق وموجبه بَيِّنٌ .
ولو قذفها بزنية أخرى سوى الأولى ، فهذا فيه وجهان مشهوران : أحدهما - أنه لا يجب الحد ؛ فإنه ثبت زناها في حقه ، وأقيم الحدُّ عليها ، فسقطت عفتها في حقه بالكلية .

ولو قذفها الزوج وامتنع عن اللعان ، فيتوجه عليه حد القذف ، فإذا قذفها مرة أخرى بتلك الزنية ، فالحد واحد ، وإن قذفها بزنية أخرى ، فهذا محل اختلاف القول في قذف شخص واحد بكلمات ، وقد تمهد لهذا .

وانتجز ما أردناه في أحد النوعين ، وهو قذف الزوج بعد التلاعن أو قبله .

٩٧٢٨- فأما مسائل الأجنبي ، فإننا نأتي بها على التفصيل الذي ذكرناه ، فنقول : إذا تلاعنا ، ثم قذفها أجنبي بزناً آخر غير الذي لاعن الزوج عليه والتعنت في معارضته ، التزم الحد/ ؛ فإن اللعان لم يغيّر حصانتها في حق الأجنبي ، ولم يثبت عليها الزنا في ٢٠٣ ش هذه الصورة ، فإنها مفروضة في تلاعنها .

ولو قذفها الأجنبي بالزنا الذي جرى التلاعن عليه ، فالمذهبُ الظاهر أنه يلتزم الحدُّ ، لما ذكرناه من أن الزنا لم يثبت ، إذ عارضته بلعانها ، ولكن اندفع حد القذف عنه لحجة خاصة أقامها الشرع له على الخصوص ، فلا يتضمن ذلك سقوطُ الحد عن الغير .

ومن أصحابنا من قال : لا يجب على الأجنبي الحدُّ إذا قذفها بالزنا الذي وقع التلاعن عليه ؛ لأنه جرى في الواقعة حجةٌ على الزنا لأجلها انتفى الحد عن القاذف به ، فليتنصب ذلك شبهة في حق الأجنبي إذا قذف بذلك الزنا .

هذا إذا تلاعنا .

ولو لاعن الزوج ، وامتنعت من اللعان ، وحُدَّت حدَّ الزنا ، فترتيب المذهب أن الأجنبي إن قذفها بزناً آخر غير الذي نسبت إليه وحدث فيه ، ففي وجوب حد القذف عليه وجهان : أظهرها - أنه يستوجب الحد ؛ لأن الأحكام المتعلقة باللعان لا تعدو الزوجين والزوجية ؛ من جهة أن اللعان حجةٌ خاصة ، فاختص أثرها .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً آخر أن الحد لا يجب على القاذف ؛ فإنها حُذت في الزنا ، فإذا وقع الحد بها ، فلا نظر إلى خصوص الحجة ، فيبعد إقامة حد [القذف] ^(١) والمقذوفة محدودة في الزنا . هذا إذا وقعت النسبة إلى زناً غير ما حُذت فيه .

فأما إذا قذفها الأجنبي بالزنا الذي حُذت فيه للعانه وامتناعها ، ففي وجوب الحد عليه وجهان مرتبان على الوجهين فيه إذا نسبها إلى زنية أخرى غير الذي حُذت فيه ، وحد القذف أولى بالاندفاع في هذه الصورة .

هذا ما ذكره الأئمة .

وقطع القاضي بأن الأجنبي يستوجب حد القذف إذا نسبها إلى غير ما حُذت فيه وجهاً واحداً . وإن نسبها إلى ما حُذت فيه وجهان : أظهرهما - وجوب الحد ، وعلل هذا بتحقيق اختصاص اللعان وأثره .

فهذا تفصيل القول في قذف الزوج والأجنبي بعد جريان اللعان .

فَضْلُكَ

قال : « ولو شهد عليه أنه قذفها . . . إلى آخره » ^(٢) .

٩٧٢٩- فإذا ادعى محصنٌ على رجل أنه قذفه ، فأنكر ، وأقام المدعي شاهدين ، فإن كانا عدلين ، ابتدر القاضي تنفيذ الحكم ، وأسعف الطالب بإقامة الحد ، وإن كان ظاهرهما السداد ، ولكن القاضي كان جاهلاً بحقيقة الحال ، فإنه يبحث عن أحوالهما ويراجع المزكّين . قال الشافعي : « ويحبس المدعى عليه إلى أن تبين عدالة الشاهدين أو جرحهما » وهذا هو الذي قطع به أئمة المذهب .

ووجدت في بعض الطرق رمزاً إلى أن المدعى عليه لا يُحبس ، وسيأتي ذكره في ي ٢٠٤ كتاب الدعاوى ، إن شاء الله / ، ووجهه على بعده أن الحق لا يتوجه إلا بظهور العدالة ، والحبس في الحال إقامة عقوبة .

(١) في الأصل : القاذف .

(٢) ر . المختصر : ١٨٣/٤ .

والتعويل على ظاهر المذهب .

ولو أقام المدعي شاهداً واحداً ، وهو مُشَمَّرٌ لإقامة شاهدٍ آخر ، وطلب من الوالي حبسَ المشهودِ عليه إلى قيام الشاهد الثاني ، ففي المسألة وجهان - وفي نص الشافعي تردد - نشير إليهما : أحدهما - أنه لا يحبس ؛ لأن الشاهد الواحد ليس بحجة ، وليس كالشاهدين إذا جهل القاضي حالهما ؛ فإن العدالة إذا بانّت ، تبين لظهورها قيامُ الحجة مستنداً إلى وقت الشهادة ، لكن علم القاضي لم يكن محيطاً بحقيقة البيّنة ، والحبس في الأمر القريب لائقٌ بمسالك السياسة صيانةً للحقوق عن البطلان ، وإذا استُعدي الوالي على شخص ، فالارتفاع إلى مجلسه قد يُتعبه ، وذلك قبل ثبوت الحق ، ولكن لا بد من احتمال ذلك ، فلا تقوم الإيالة دونه .

والوجه الثاني - أنه يُحبس ، لأن الخصم ساع في إكمال البيّنة ، وقد لا يتفق حضور الشاهدين معاً ، ولو خلّينا المدعى عليه ، لولّى ، وغيب وجهه عنا ، ثم إن لم يأت المدعي بالشاهد في الزمان الذي يتوقع في مثله إكمال البيّنة ، خلّينا سبيل المدعى عليه .

وهذا الفصل من أركان البينات والدعاوى ، والوجه تأخيرهُ إلى موضعه ، ولكن التزام الجريان على ترتيب السواد قد يقتضي مرامز إلى مقدماتٍ ، ولا ينبغي للناظر المنتهي إلى ما يُذكرُ بحق^(١) السواد أن يطلب تحقيقَ الفصل منه ، فهذا مما يحال على كتاب الدعاوى والبيّنات .

٩٧٣٠- ومما نرّمز إليه لانتظام الكلام أن من ادعى دَيْناً على إنسان ، وأقام شاهدين وأقبل القاضي على البحث ومراجعة المزكّين ، فالمذهب أن المدعى عليه يحبس كما إذا كان المدعى حدّاً : قذفاً أو قصاصاً ؛ فإنّا إذا رأينا الحبسَ تفريعاً على الأصح في العقوبات ، وشأنها الاندراء بالشبهات ، فهذا في الأموال أولى .

[وقال]^(٢) الإصطخري : لا يحبس المدعى عليه في المال ، وإن رأينا الحبس في

(١) بحق السواد : أي من أجل الجريان على ترتيب السواد .

(٢) في الأصل : فقال .

حد القذف والقصاص ؛ لأن الحق المدعى فيه يتعلق ببدن المدعى عليه ، فلو تركناه [والأغلب] ^(١) أن يغيب وجهه حذاراً [من] ^(٢) وقوع العقوبة به - لأدى هذا إلى تعطيل الحق ، وليس كذلك الدّين المدعى ، فإنه يتصور استيداؤه مع غيبة المدعى عليه .

ولو كان المدعى عيناً من الأعيان ، وقد قام شاهدان ، فالقاضي يحول بين المشهود عليه وبين العين المدعاة ؛ فإن الحق ينحصر فيها انحصاره في بدن من ادّعت عليه العقوبة .

ولو أقام المدعي للدين شاهداً واحداً ، والتفريع على أن المدعى عليه يُحبس إذا شهد شاهدان ، فهل يحبس والشاهد واحد ، فعلى وجهين مرتبين على الوجهين فيه إذا شهد شاهد واحد على قذف أو قصاص ، والشهادة على المال في هذه الصورة أولى ش ٢٠٤ باقتضاء الحبس ، والسبب فيه أن الشاهد الواحد يتيسر ضمُّ اليمين / إليه في المال ، فهو أقوى من الشاهد الواحد في العقوبة .

وقد يعارض ذلك أن الحلف مع الشاهد إذا كان ممكناً ، فيجب أن يقال للمدعي : أنت متمكن من إثبات حقك باليمين ، فإذا حلفت ثبت حقك ، فافعل هذا ، أو خلّ خصمك .

وهذا الكلام فيه فقه ، وإذا عارض ما قدمناه في الترتيب ، أسقطه .

٩٧٣١- ولو شهد شاهدان أو شهود على موجب حدّ الله تعالى ، فلا يحبس المشهود عليه إلى إثبات عدالة الشهود ، فإن حقوق الله في العقوبة على المساهلة ، ولهذا يُقبل [رجوع] ^(٣) المقرّ عن الإقرار بها ، وقد نقول : إذا هرب من يثبت عليه الحد لا يتبع ، وقد تسقط الحدود بالتوبة .

وهذا الفصل سيأتي مستقصى مرتباً في كتاب الدعاوى والبيّنات ، إن شاء الله عز وجل .

(١) في الأصل : الأغلب .

(٢) في الأصل : في .

(٣) في الأصل : الرجوع .

٩٧٣٢- ثم قال : « ولا يُكفل رجل في حدٍّ ولا لعانٍ . . . إلى آخره »^(١) .

ذكر كفالة الأبدان في العقوبات ، وقد استقصيناها في كتاب الضمان .

وقال بعده : « لو قال : زنى فرجك أو يدك ، فهو قذفٌ . . . إلى آخره »^(٢) وهذا

مما قدمنا ذكره ، وذكرنا أن النص دال على أن إضافة الزنا إلى غير الفرج من الأعضاء صريح ، وفيما قدمناه بيان تام .

ثم قال الأئمة : الألفاظ المستعملة في هذا النوع أقسامٌ : قسم هو صريح ، وهو

لفظ الزنا مضافاً إلى الجملة ، أو إلى الفرج ، أو الألفاظ الناصة على المعنى كالنيك ، ولفظ الإيلاج مع التصريح بالوصف بالتحريم المطلق ، وانتفاء الشبهة .

وقسمٌ هو كناية : إن أراد اللفظ به القذف ، كان قذفاً ، وإلا فلا .

ومن جملته قولُ القائل : زنى يدك ، على الأصح . ولست بابنِ فلان ، وكذلك إذا

قال لعربي : يا نبطي ، أو لنبطي يا عربي .

ومن الأقسام ما ليس بكناية ولا صريح ، ولكنه تعريضٌ ، كقول القائل لمن

يخاطبه : يابن الحلال ، وقوله أما أنا ، فلست بزاني ، وقال مالك^(٣) التعريض بالقذف

قذفٌ ، ثم أطف الشافعي في محاجته^(٤) ، فقال : أباح الله التعريض بالخطبة ، وحرّم

التصريح بها ؛ فدل ذلك على أن التعريض خلافُ التصريح ، وقال : روي أن رجلاً من

فزارة جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله ، إن امرأتي ولدت

غلاماً أسود ، وعرض بأنها أتت به من زنا ، فقال عليه السلام : هل لك من إبل ؟ قال :

نعم ، قال : ما لونها فقال : حُمْر ، فقال : هل فيها من أسود ، فقال : نعم ، قال :

ولم ذلك ؟ فقال : لعل عرقاً نزع ، فقال صلى الله عليه وسلم : لعل عرقاً نزع^(٥) «

ولم يجعله قذفاً .

(١) ر . المختصر : ١٨٣/٤ .

(٢) ر . المختصر : ١٨٤/٤ .

(٣) ر . القوانين الفقهية : ٣٥٠ ، جواهر الإكليل : ٢٨٧/٢ .

(٤) ر . المختصر : ١٨٤/٤ .

(٥) حديث : « لعل عرقاً نزع » ، متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه (البخاري :

الطلاق ، باب إذا عرض بنفي الولد ، ح ٥٣٠٥ . مسلم : اللعان ، ح ١٥٠٠) .

٩٧٣٣- ثم قال : « ولا يكون اللعان إلا عند السلطان . . . إلى آخره »^(١) إذا تلاعن الزوجان وحدهما لا يتعلق بتلاعنهما حكمٌ ، فإن حكما رجلاً صالحاً ، [ففي]^(٢) أصل جواز [التحكيم]^(٣) قولان . وإن جوزناه ، ففي تجويزه فيما يتعلق بالعقوبات وجهان ، ي ٢٠٥ [وكل]^(٤) ذلك بين أيدينا ؛ فلا معنى للاستقصاء فيه ، وإنما فرقنا بين العقوبات / وبين عفوها طلباً لدراستها .

ثم العقوبات تترتب : فمنها ما يجب لله ، ومنها ما يجب للأدمين .

وما يجب لله تعالى أولى بأن لا يجري التحكيم فيه ، ثم إن اللعان يترتب على ما إذا كان المطلوب الحد المحض ، ووجه الترتيب أن اللعان قد يتعلق بثالث ، وهو الولد ، ومبنى التحكيم على ترتيبه على رضا الخصمين .

ثم إن استخلف القاضي من يجري اللعان بحضرته ، نُظر : فإن نصب حاكماً في أمور ، وكان فَوْض إليه أن يستخلف ، فيجوز ذلك ، وقد قام مقام قاضٍ ، وإن لم ينصب حاكماً ، أو ما كان فَوْض إليه أن يستخلف ، فلو استتاب من يعول على مثله في أمر خاص : مثل أن يقيمه مقام نفسه في طرفٍ من خصومة ، أو في خصومة فردة ، ففي جواز ذلك وجهان : أحدهما - لا يجوز ، ولا ينفذ منه ما فَوْض إليه ، فإنه ليس قاضياً بنفسه ، وإنما ينفذ حكم الحاكم . وهذا من أصول أدب القاضي ، وسيأتي مشروحاً في موضعه ، إن شاء الله .

قَبِيحٌ : ٩٧٣٤- إذا قذف رجلاً أو امرأة ، وتوجه الحد ، فلو قال للمقذوف : لا بينة لي على زناك ، ولكنك تعلم أنك زانٍ ، فاحلف بالله ما زنيت ، فهل عليه أن يحلف ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنه لا يحلف ؛ فإن القذف في نفسه موجبٌ للحد ، فإن أراد القاذف درء الحد ، فليُقم بينة من تلقاء نفسه ، وأيضاً فالتحليف في نفي الزنا يتعلق بنفي

(١) ر . المختصر : ١٨٤ / ٤ .

(٢) في الأصل : في .

(٣) في الأصل : التحكم .

(٤) في الأصل : فكل .

كبيرة [توجب] ^(١) حداً لله تعالى ، فلا معنى للتحليف فيما هذا سبيله .

والقول الثاني - أن له أن يحلف المقدوف لإمكان الصدق أو الكذب ، وغرضه نفي حد القذف - عند فرض النكول - لا إثبات الزنا ، ثم إذا نكل المقدوف ، ردّدنا اليمين على القاذف ، فيحلف على الزنا ، ولا يثبت الزنا على المقدوف به ، بل يندفع الحد .

فَرَجَّحُ : ٩٧٣٥- ذكر الشيخ أبو علي في فصل قدمناه وجهاً غريباً ، لم أحب ذكره في ترتيب المذهب ، ولست أرى أيضاً إسقاطه لعلو قدر الناقل :

فإذا قال الرجل لامرأته : زنيته فقالت : زنيته بك ، وفسرته بزنية جرت لها على زعمها قبل النكاح ، فقد قذفت زوجها ، واعترفت على نفسها بالزنا ، ولا يخفى حكمها لو أصرت على إقرارها .

ولو رجعت ، قال الشيخ : أما حد الزنا ، فيسقط عنها ، وأما حد القذف ، ففي سقوطه عنها قولان : أحدهما - أنه لا يسقط ، وقياسه بين .

والثاني - يسقط ؛ لأن الفعل المعترف به واحد ، وإن وقع الإخبار عنه اعترافاً بالزنا من وجه وقذفاً من وجه ؛ فإذا فرض الرجوع ، وجب أن لا يتبعض ، وقرب هذا من إقرار العبد بسرقة نصاب ؛ فإنه مقبول في وجوب القطع ، وفي قبوله بالمال قولان ، سيأتي ذكرهما في كتاب السرقة ، إن شاء الله تعالى .
ووجه التشبيه اشتغال الإقرار على ما لا تهمة فيه .

وهذا بعيد ؛ فإننا قبلنا الإقرار في وجوب القطع ، لانتفاء التهمة ، وإلا فالقطع / ٢٠٥ ش
وارد على ملك المولى ، وهذا المعنى يشمل الطرف والمال المذكور في الإقرار ، وأما الرجوع عن الإقرار ، فقبوله من خصائص الزنا ، ولا يشتمل هذا المعنى على حد القذف .

فصل في

ذكر الشيخ في شرح الفروع وجهاً غريباً في مسألة لم أحكه فيها لما ذكرته الآن ، وذلك أنه قال : إذا بان المرأة عن زوجها ، فقذفها بعد البينونة ، ولم يكن ثم ولد ،

(١) في الأصل : موجب .

نُظِرَ : فإن ذكر زناً بعد البينونة ، حُدَّ ، ولم يلتعن ، وكذلك إذا أطلق ذكراً الزنا ، ولم يؤرّخه .

ولو نسبها إلى زنية ، وذكر أنها جرت في النكاح ، فالمذهب المقطوع به أنه لا يلتعن . وحكى الشيخ وجهاً غريباً أنه يلتعن لإسناده الزنا إلى حالة النكاح ، ولو جرى ما ذكر ، لكان ذلك تلطيخاً للفراش .

فَرِيعٌ : ٩٧٣٦- إذا منعنا اللعان عن الحمل ، فلو قال الزوج : دعوني ألتعن ، فإن وافى اللعان حملاً ، نفاه ، وإن لم يكن ، فإذا ذاك يتبين أن لعاني كان لغواً ، فقد ذكر الشيخ وجهين عن ابن سريج في ذلك ، وهذا مضطرب ، فإننا إذا فرعنا على منع اللعان على الحمل ، ففائدته المنع منه إذا كان بعد البينونة أو في نكاح شبهة ، وإلغاء أثره إذا فرض في النكاح ، وما أشار إليه من إعمال اللعان على وجه هو تفريع على جواز اللعان على الحمل .

باب الشهادة في اللعان

٩٧٣٧- مذهب الشافعي أن الزوج لو شهد على زنا زوجته ، فشهادته مردودة ، وخلاف أبي حنيفة^(١) مشهور في ذلك ، ثم اعتمد الأئمة نكتتين : إحداهما - أن الزنا تعرض لمحل حق الزوج ؛ فإن الزاني منتفع بالمنافع المستحقة له ، فشهادته في صيغتها تتضمن إثبات جناية الغير على ما هو مستحق له ، وهذا يخالف صيغ الشهادات .

والنكته الثانية - أن من شهد بزنا زوجته ، فنفس [شهادته دالة]^(٢) على إظهار العداوة ، فلا شيء يستثير المغيظة مثل تلطيخ الفراش ، فإذا كنا نرد شهادة العدو ، فالشهادة التي صيغتها إظهار العداوة لا تقبل .

ولو شهد أب الزوج بزنا زوجة ابنه ، فهذه المسألة لم يتعرض لها أئمة المذهب إلا شيخي فيما حكاه لي عنه بعض الثقات ؛ فإنه ذكر وجهين ، وقربهما من النكتتين : إن عولنا في رد شهادة الزوج على إشعار شهادته بإظهار عداوته ، فهذا المعنى قد لا يتحقق في شهادة الأب ، وإن عولنا على النكته الأخرى ، وهي التعرض لمحل الحق المستحق [فطرد]^(٣) هذه النكته يتضمن رد شهادة أبيه ؛ فإن شهادة الأب للابن في حقه مردودة ، كما أن شهادة الرجل لنفسه مردودة .

وهذا غريب لا تعويل عليه ، فالوجه القطع بقبول شهادة أب الزوج .

ولو شهد ثلاثة على زنا الزوجة ، فشهد الزوج معهم ، فشهادته / مردودة على ٢٠٦ ي ما ذكرناه .

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٥١٥/٢ مسألة ١٠٦٤ ، المبسوط : ٥٤/٧ ، رؤوس

المسائل : مسألة ٣٠٨ ، بدائع الصنائع : ٢٤٠/٣ ، حاشية ابن عابدين : ٧/٤ .

(٢) في الأصل : شاهدنه دال .

(٣) في الأصل : وطرده .

٩٧٣٨- ثم شهود الزنا إذا نقص عددهم ، فقد اختلف القول في أنهم قَذَفَةٌ يُحَدِّثُونَ ، أم شهودٌ لا يتعرض لهم ؟ وسيأتي ذلك في كتاب الحدود ، إن شاء الله تعالى .

ولهذا [إذا جاء الزوج وثلاثة يشهدون ، فكيف نفرّع قوله ، أنجعله قاذفاً]^(١) أم كيف سبيله ؟ اختلف أصحابنا على طريقتين : فمنهم من قطع القول بأنه قاذف ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة على هذا الزنا ، ومنهم من أجرى فيه القولين ، وجعل نقصان الصفة بمثابة نقصان العدد ، وعلى هذا خرّج الأصحاب شهادة الفسقة على الزنا إذا تبين فسقهم بعد إقامتهم الشهادة ، وسيأتي ذلك .

٩٧٣٩- ثم ذكر الشافعي : « أن حدّ الزنا إذا توجه عليها وهي حامل ؛ فلا سبيل إلى إقامة الحدّ إلى أن تضع ثم تَفْطِم . . . إلى آخره »^(٢) ولسنا نخوض في هذا الفصل ، فإنه مستقصى في كتاب الجراح ، وفيه تفصيل بين الحد والقصاص ، وتبين ترتيب المذهب .

٩٧٤٠- ثم ذكر الشافعي قيام شاهدين على الإقرار بالزنا^(٣) ، وهذا من كتاب الحدود ، والمقدار المقيم لرسم الترتيب أن القول اختلف في أن الإقرار بالزنا هل يثبت بشهادة عدلين ؟ فإن قلنا : يثبت [فيتعلق]^(٤) به وجوب الحد .

فإن قال المشهود عليه : رجعت عن إقراري ، سقط الحد ، وقُبِل الرجوع ، وإن قال في معارضة شهادة العدلين : ما أقررتُ وأنتما كاذبان ، فلا يكون ذلك رجوعاً منه ، والحدّ يقام عليه على القول الذي عليه نفرّع .

فإن قال لما شهد العدلان أو العدول : ما زنيْتُ . فالذي ذهب إليه جماهير الأصحاب أن هذا رجوع عن الإقرار ، وذهب شاذمةٌ إلى أن ذلك في حكم التكذيب ،

(١) عبارة الأصل مضطربة ، فقد جاءت هكذا : « ولهذا الزوج فقد جاء بمجيء الشهود ، فكيف نفرّع قوله الجعله فإذا فام كيف سبيله . . . » (انظر صورتها) . والمثبت تصرف من المحقق على ضوء السياق .

(٢) ر . المختصر : ١٨٧/٤ .

(٣) ر . المختصر : ١٨٨/٤ .

(٤) في الأصل : متعلق .

ولا يصح الرجوع ما لم يعترف بالإقرار ، ثم ينشئ الرجوع إن أراد .

وإن قلنا : لا يثبت الزنا بشهادة عدلين على الإقرار بالزنا ، فلو قذف رجلاً أو قذف الزوج زوجته ، ثم أقام عدلين ، فشهدا على الإقرار بالزنا ، فهل يسقط حدُّ القذف والحالة هذه عن القاذف والتفريع على أن الزنا لا يثبت ؟ فعلى وجهين .

٩٧٤١- ثم قال : « ولو قذفها ، وقال : [كانت] ^(١) أمةً أو مشركةً . . . إلى آخره » ^(٢) .

لا اختصاص لهذه المسألة وكثير من المسائل التي نُجريها بالزوج والزوجة .

فإذا قذف الرجل شخصاً ، ثم قال : أنت عبد أو مشرك ، وكان مجهول الحال ، فقال المقذوف : بل أنا مسلم حرٌّ ، فقد اختلف نص الشافعي في ذلك ، وهذا مما استقصيناه في أحكام اللقيط ، وفرضنا فيه أنه لو قُذف - ثم فرض النزاع على هذا الوجه - ففيمن يصدّق قولان : أحدهما - أن المصدّق هو المقذوف ؛ فإن الأصل الحرية والدار تُثبت الإسلام .

والقول الثاني - أن المصدّق القاذف ، فإن الأصل براءة ذمته ، وهذا مما ذكرناه

مستقصى ، فألحقناه بتقابل الأصلين ، والقولان مفروضان في اللقيط إذا بلغ وقُذف / ، ٢٠٦ ش والأمر على الاستبهام .

فأما إذا فرض ذلك في رجلٍ مجهول لم يعهد لقيطاً ، ولكن ليس يعرف نسبه ودينه ، فقد ذكر الصيدلاني طريقتين فيه : إحداهما - طرد القولين ، كما ذكرناه في اللقيط ، والآخرى - القطع بأن القول قولُ القاذف ؛ فإنما صدقنا اللقيط في قول ؛ من حيث تؤكد الدار ما يدعيه من الحرية والإسلام ، وهذا المجهول إذا لم يكن لقيطاً في دار الإسلام لا تعلق له بمقتضى [حكم] ^(٣) من الدار .

ولو قال القاذف : قذفتك وأنت مرتد ، فأنكر المقذوف ، فإن لم يُعهد له ردة ، فقد

(١) في الأصل : وقال : « أنت أمة أو مشركة » والتصويب من نص المختصر .

(٢) ر . المختصر : ١٨٨/٤ .

(٣) في الأصل : فحكم .

قدمنا أنّ القول قول المقدوف ، وعلى القاذف إثبات ما ادّعاه ، وقد سبقت نظائر هذه المسألة .

ولو قال : كنت مرتدّاً فأسلمت ، وجرى قذُفك بعد إسلامي ، فلا يقبل ذلك منه . نعم ، له أن يحلف القاذف .

وكل هذا مما تمهدت أصوله فيما سبق .

٩٧٤٢- ولو قال : قذفتكِ وأنت صغيرة ، وأقام على قذفها في الصغر بينةً ، وقالت : بل قذفتني وأنا كبيرة ، وأقامت بينةً على حسب قولها ، فإن كانت البيتان مطلقتين أو مؤرختين بتاريخين مختلفين ، فقد ثبت قذفان ، ويتوجه الحد بالقذف الثابت في حالة الكبر .

وإن وقع التعرضُ لوقتٍ واحد ، وآل النزاع إلى كونها صغيرةً في ذلك الوقت أو بالغةً ، فلو أقامت المرأة بينةً على أنها كانت بالغةً في ذلك الوقت ، وأقام القاذف شاهدين على أنها لم تكن بالغةً في ذلك الوقت ، فهذه شهادة على النفي ، فإن وقع التعرض لإثبات الحيض ، فنفيه مردود والتعويل على الإثبات .

وقد يعترض في هذه المسألة سؤال ، وهو أن قائلًا لو قال : كيف يمكن إثبات الحيض ، ولا اطلاع على ذلك إلا من جهتها ، إذ لو فرض اطلاع على ظهور الدّم من منفذه على صفة الحيض ، فقد تعلم تلك أنه دمٌ فسادٍ راجعٌ إلى ترتيب أدوارٍ ، وهي أعرف بها من غيرها ، فكيف سبيل تصور الشهادة على الحيض ؟

قلنا : ليس يبعد ذلك ؛ فإن نسوة لو رأين نفوذ الدم في أول وقت إمكان البلوغ ، ثم تمادى الدم إلى انقضاء أقل الحيض ، فيمكن فرض العيان على عُسرٍ فيما ذكرناه ، ويمكن حمل الشهادة على إقرارها بالحيض في ذلك الوقت ، والنزاع مفروض بعد انقضاء زمانٍ من تاريخ الإقرار . هذا وجه التصوير .

ومما نجريه في ذلك : أنها لو أقامت بينةً على أنها كانت بالغةً في ذلك الوقت ، وأقام القاذف بينةً على أنها كانت صغيرةً في ذلك الوقت ، فالصغر في ظاهر الأمر صفةٌ ثابتةٌ ، ولكنه يكاد يرجع في هذا المقام إلى النفي ؛ إذ المقصود منه عدم البلوغ . هذا وجه .

ويجوز أن يُحمل ثبوت الصغر على أمرٍ يتعلق بالسن ، وتاريخ الولادة ، فيرجع ذلك إلى الإثبات ، والأصل حمل شهادة الشهود على الصحة ، فإذا تعارضت بيتان في الصغر والكبر ، على التأويل الذي ذكرناه ، والوقت متعينٌ باتفاق القاذف والمقذوف ، فإن حكمنا بتهاتر/ البيتين ، فلا كلام ، فإن رأينا استعمال البيتين ففي الاستعمال في ٢٠٧ ي غير هذا الموضع أقوال ، وقد زعم الأصحاب أنه لا يجري هاهنا إلا قول القرعة .

والذي أراه وقد تلقيته من مرامز كلام المحققين أن قول الاستعمال لا جريان له في العقوبات ، وكما يتعطل قول الوقف ، وقول القسمة ، يتعطل قول القرعة أيضاً ؛ لامتناع إقامة عقوبة لقرعة وفاقية ، فلا وجه إلا المصير إلى التهاثر .

٩٧٤٣- قال : « ولو شهد عليه شاهدان أنه قذفهما وقذف امرأته... إلى آخره »^(١) .

إذا شهد شاهدٌ أن فلاناً قذفني وقذف فلاناً ، فقوله مردود فيما يتعلق به ؛ فإن شهادة الإنسان لنفسه مردودة ، فأما شهادته على قذفه لغيره ، فهي مقبولة لو تجردت ، ولكنها أتت مقترنةً بشهادته لنفسه ، فالذي صار إليه الجمهور ردُّ الشهادة للغير أيضاً ؛ لأنه بذكره قذف نفسه أقام نفسه خصماً وعدوّاً ، وشهادة الخصم والعدو مردودة .

ولو قال الشاهد : قذف زوجتي وفلاناً ، أو قال : أشهد أنه قذف أُمي وفلاناً ، فشهادته لأمه غير مقبولة ، وهل تقبل شهادته لغيرها والشهادتان مذكورتان في قرآن .

هذا مما تردد فيه الأصحاب أيضاً ، على ما سينتظم المذهب بعد إرسال المسائل .

فأما شهادة الرجل بقذف زوجته ، فيبني أولاً على شهادة الزوج هل تقبل لزوجته ؟ وفيه اختلاف قول ، سيأتي في الشهادات ، إن شاء الله .

فإن قبلنا شهادة الزوج لزوجته ، فهل تقبل شهادته بقذفها ؟ اختلف أصحابنا :

فمنهم من قال : إنها مقبولة ، كما لو شهد لها بقصاص ، أو [مال]^(٢) .

(١) ر . المختصر : ١٩٠ / ٤ .

(٢) في الأصل : خال .

ومنهم من قال : لا تقبل ؛ فإن الشهادة [بقذفها]^(١) تتضمن إظهار عداوة القاذف .
والرجل يتعير بقذف زوجته كما يتعير بقذف نفسه .

وعن هذا الأصل نشأ الاختلاف في الجمع بين الشهادة بقذف الأم وقذف أجنبي ،
فإذا تبينت المسائل ، حان ترتيبها :

٩٧٤٤- فأما إذا شهد بقذف نفسه وقذف أجنبي ، فشهادته لنفسه مردودة ، وفي ردّ
شهادته للغير طريقان : من أصحابنا من قطع بالرد ؛ لإظهار العداوة .

ومنهم من أجرى قولين مأخوذتين من أن الشهادة إذا اشتملت على شيئين رُدّت في
أحدهما ، فهل تُردّ في الثاني ولو قدر مُفرداً ، لقبلت الشهادة فيه ؟ وفيه قولان .

فأما إذا شهد بقذف أمه وقذف أجنبي ، فهل نجعل قذف الأم إظهاراً للعداوة ؟ فيه
اختلاف : منهم من لم يجعله إظهاراً للعداوة ، فيتجرّد إذاً البناء على قولي تبعض
الشهادة .

ومنهم من جعل ذكر قذف الأم إظهاراً للعداوة .

وأما قذف الزوجة إذا شهد به ، وضمّ إليه قذف أجنبي ، ففي شهادته لزوجته الكلام
الذي ذكرناه ، ولكن هل نجعل هذا إظهار عداوة ؟ فيه اختلاف : فإن جعلنا ذلك
عداوة ، فالشهادة للأجنبي مردودة ، وإن لم نجعله إظهار عداوة ، فهي شهادة متبعضة
وفيه القولان .

ش ٢٠٧ وهذا بيان قاعدة الفصل وترتيب المسائل / فيه .

وربما قال الشيخ أبو علي : من أصحابنا من قطع بأن شهادته بقذف الأجنبي
مردودة ، إذا اقترنت بشهادته بقذف نفسه قولاً واحداً ، وإذا اقترنت بشهادته بقذف أمه
فطريقان .

ومنهم من قلب ، وقال : إذا قرن بين ذكر الأم والأجنبي ، فالشهادة للأجنبي تخرج
على قولي التبعض لا غير ، فإذا جمع بين الشهادة للأجنبي وبين الشهادة لنفسه ،
فطريقان .

(١) في الأصل : لقذفها .

وقد نعلم أن القناعة قد تقع ببعض ما نُردّده ، ولكننا نقلّب العبارات ، حتى يظهر المُدرَكُ ، ويستبين الغرضُ .

٩٧٤٥- ومما يتعلق بتمام الفصل أن من شهد على غيره بمال أو غيره ، فقفّه المشهود عليه ، فلا يصير الشاهد خصماً بذلك ؛ فإنه قد لا يبغي مخاصمة القاذف ، ولو جعلنا هذا ذريعةً إلى إسقاط الشهادة ، لما عجز عن ذلك مشهودٌ عليه في أمرٍ خطيرٍ يهون احتمالُ حد القذف عن^(١) مقابلة اندفاعه .

ولو سبق القذفُ ، فشهد المقذوف على القاذف بحقٍّ من الحقوق ، ولم يبد مخاصمةً في الحد وطلباً له ، فشهادته مقبولة أيضاً ، وفاقاً كما لو طرأ القذف .
والقول في العداوة والخصومة وما يوجب ردّ الشهادة منهما وما لا يوجب لا مطمع في استقصائه هاهنا ، وموضع ذلك في كتاب الشهادات .

فصل في

٩٧٤٥/م- نقل المزنّي في الجامع الكبير عن الأم : أن ابنين لو شهدا على أبيهما أنه قذف ضرةً أمهما ، ففي قبول شهادتهما قولان : أظهرهما - القبول ، والثاني - أنها لا تقبل ؛ لتمكن التهمة ، فإنهما يقصدان إثبات القذف على أبيهما ، فيضطر إلى اللعان ، وتبين الضرة ، وتنتفع أمهما ، وهذا إبعادٌ [في]^(٢) التهمة ، لا يجوز رد الشهادة بمثله .

وألحق العراقيون بذلك ما لو شهد الابنان على أبيهما على أنه طلق ضرةً أمهما ، ولا شك أن المسألة كالمسألة ، والطلاق أوقع إن كان لهذه التهمة موقعٌ في رد الشهادة ، فإن الطلاق يُنجز الفراق ، ولا أصل لقول رد الشهادة في المسألتين ؛ فإن الزوج لا ينحسم عليه مسلك التزوج .

(١) (عن) جاءت هنا بمعنى (في) . والمعنى : يهون احتمال حد القذف في مقابلة اندفاع المشهود عليه .

(٢) في الأصل : وفي .

فَضْلُكَ

٩٧٤٦- إذا شهد شاهدان على القذف ، ولكن قال أحدهما : إن فلاناً قذف فلاناً بالعربية ، وشهد الآخر أنه قذف بالعجمية ، فالقذف لا يثبت باتفاق الأصحاب ؛ لأن المشهود عليه قذفان [لا يجتمع]^(١) على واحد منهما شاهدان .

وكذلك لو فرض الاختلاف في المكان والزمان بأن شهد أحدهما أنه قذف فلاناً في الدار ، وشهد الثاني أنه قذفه في السوق .

وكذلك لو فرض القذفان في زمانين ، فلا ثبوت .

وكذلك لو شهد أحدهما على إنشاء القذف ، وشهد الثاني على الإقرار بالقذف ، فلا تلفق الشهادة والإقرار بها ، وهو بمثابة ما لو شهد أحد الشاهدين بأنه باع من فلان ، وشهد الثاني أنه أقر بالبيع ، فلا يثبت البيع ، ولا يلفق الإنشاء والإقرار .

ي ٢٠٨ ولو شهد أحدهما أنه أقر بالعربية بالقذف ، وشهد الآخر/ أنه أقر بالقذف [بالعجمية]^(٢) لفقنا وأثبتنا أصل القذف ، ومعنى ذلك أن يكون لفظه في الإقرار بالعربية وبالعجمية والمقر به لا اختلاف فيه ، ويفرض ذلك بأن لا يتعرض للغة القذف ، أو يتعرض على الاتحاد والاتفاق ، وهذا من الأصول ، فالأقارير مجموعة ملفقة .

ولو شهد شاهد على [إقراره]^(٣) يوم السبت وشهد آخر على [إقراره]^(٣) يوم الأحد ، ثبت الإقرار بالشهادتين ، وكذلك [لو]^(٤) فرض الاختلاف في المكان ، [إذا]^(٥) اتحد المخبر عنه ، فتعدد الأخبار غير ضائر ؛ فإن الإقرار يُعْنَى للمخبر عنه ، فلا نظر إليه اختلفت صيغته ومكانه وزمانه أو اتفقت هذه الخصال ، [فالقذف في

(١) في الأصل : لا يجتمعان .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : إقرار .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في الأصل : وإذا .

حقيقته خبراً^(١) ، فهو مقصود في عينه وبه الجناية على العرض ؛ [فلم يعتبر فيه]^(٢) الاختلاف والاتفاق .

ولو شهد شاهد أنه أقر أنه قذف بالعربية ، وشهد الآخر أنه أقر أنه قذف بالعجمية ، قال المراوزة : يلفق ، وقال العراقيون : لا يلفق ؛ فإنه أخبر عن قذفين مختلفين ، وهذا أوفق وأجرى على القياس المرتضى ، والله أعلم .

٩٧٤٧- ثم ذكر الشافعي إن كتاب القاضي إلى القاضي ، والشهادة على الشهادة هل يتطرقان إلى حد القذف ، وفيه اختلاف قول لا وجه للخوض فيه ، فإنه يُستقصى في كتابه .

وتعرض الشافعي للتوكيل^(٣) ، وهو مما سبق ، فالتوكيل بإثبات القذف جائز ، وفي التوكيل باستيفاء الحد واستيفاء القصاص اختلاف نصوص وأقوال ، وقد مضى ذكرهما في كتاب الوكالة ، وسيجرى ذكرها في الجراح ، إن شاء الله عز وجل .



(١) عبارة الأصل غير مستقيمة ، فقد جاءت هكذا : « . . . أو اتفقت هذه الخصال والقذف فإن ذلك خبراً (كذا) فهو مقصود في عينه . . . إلخ » .

والمثبت من تصرف المحقق بناء على السياق الواضح من الجمل السابقة مباشرة ، وقد أكد هذا كلام ابن أبي عصرون ، ونص عبارته : « ولو شهد واحد على إقراره يوم السبت وشهد آخر على إقراره يوم الأحد يثبت الإقرار ، وكذا لو اختلفا في مكان الإقرار ، لأنه إذا اتحد المخبر عنه ، فتعدد الإخبار لا يضر في صيغته ، وزمانه ، ومكانه ؛ لأنه خبر مقصود في عينه ، وهو الجناية على العرض ، فلم يعتبر فيه الاختلاف والاتفاق » ا . هـ بنصه (ر . صفوة المذهب : ج ٥ ورقة : ١٣٦ يمين) .

وكذلك قال العز بن عبد السلام : « وإن اختلفت لغة الإقرار بالقذف أو زمانه أو مكانه ، لفقت الشهاداتان » (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج ٣ ورقة ١٩٨ يمين) .

(٢) في الأصل : « فاعتبر فيه » وهو خلاف ما تقرّر في الجملة قبله .

(٣) ر . المختصر : ١٩١/٤ .

باب الوقت في نفي الولد

٩٧٤٨- إذا ثبت للزوج حقُّ نفي الولد ، فقد اختلف القول في أنه على الفور أم فيه مهل ؟ فالقولُ الصحيح المنصوص عليه في الجديد أنه يثبت على الفور ؛ لأنه لدفع الضرر كالرد بالعيب ، وقال في القديم يتقدّر بثلاثة أيام ؛ فإنَّ خطر النسب عظيم في النفي والاستلحاق ، وما يعظم خطره يليق بالمرأشء مهلٌ فيه للرؤية ، ثم الثلاث تقدّر بها مددٌ [شبيهة]^(١) في مقاصدها بما نحن فيه .

وحكى الشيخ أبو علي قولاً ثالثاً : أن النفي على التراخي ، لا يبطله إلا الاستلحاق ، وهذا قول ضعيف ، لا تفرع عليه ، ولا عودٌ إليه ، والتفرعُ على الإمهال ثلاثة أيام بينٌ ، وأما الفور ومعناه ، فقد ذكرناه في كتاب الشفعة على أبلغ وجه في البيان ، وذكرنا فيه الإشهاد وبلوغ الخبر في الغيبة ؛ فلسنا نعيد شيئاً مما مضى ؛ إذ لا فرق بين البابين .

والذي نذكر هاهنا : أنه لو أخبره مخبر بأن زوجتك ولدت ، فأخّر ، ثم لما روجع قال : لم أصدقه ، فهو مصدّق .

ولو أخبره عدلان ، كان يعرفهما بالعدالة ، فلا يقبل قوله : لم أصدقهما ، ولو أخبره عدل واحد ، كان يعرفه بالعدالة ، فهذا فيه تردد مأخوذ من قول الأصحاب ؛ من جهة أن الغرض الثقة ، وذلك يحصل بقول الشخص الواحد ؛ إذ يجب التعويل/ على روايته ، ويجوز أن يرعى في ذلك عددٌ يتعلّق بالخصومات ، وهذا كالتردد في [عدد]^(٢) المترجم والخارص ، وما في معناه ، مما يتعلّق بأطراف الخصومات ، فلا تكون شهادة محضة .

(١) في الأصل : تشبيهة .

(٢) في الأصل : عود .

ولو قال : لم يبلغني خبر أصلاً ، فإن كان غائباً ، صدّق ، وإن كان حاضراً والولادة في الدار أو المحلة - وما جرت حالة تقتضي المكاتمة - فإذا ادعى عدم بلوغ الخبر - والحالة هذه - لم يصدق .

٩٧٤٩- ولو كانت حاملاً ، فقد ذكرنا في أصول الكتاب أنا وإن جوّزنا نفي الحمل باللعان ، فليس على الفور ؛ لأنه ليس مستيقناً ، فلو قال : أؤخر اللعان ، فلعله ريح تنفّس ، لم يبطل حقه .

ولو قال : أعلم أنها حامل ، ولكنني أؤخر اللعان ، فعساها تُجهض وتُلقي جنينها ميتاً ، قال الأصحاب : التأخير على هذا الوجه مع الاعتراف بالعلم ثم^(١) بالحمل يُبطل حقه من اللعان على قول الفور ، وإنما يكون معذوراً في التأخير إذا حمل الأمر فيه على أن لا يكون الحمل أصلاً ، ويفرض ريحاً غليظة تنفّس .

ورأيت في كلام الأصحاب ما يدل على وجه آخر : وهو أن الحق لا يبطل ؛ لأن الحمل لا يُستقين [قط]^(٢) ، فقوله : « أعلم الحمل » ، لا حقيقة له ؛ فإن المظنون يعتقد ولا يعلم .

وهذا متجه ، والأظهر ما حكيناه عن الأصحاب .

٩٧٥٠- ولو أخبره مخبر بمولود أتت به امرأته على الفراش ، وهناه به فقال : متعك الله به ، أو قال : ليهنك الفارس ، أو ما جرى هذا المجرى من الألفاظ المعتادة في التهنة عند الولادة ، فإن قابل الدعاء بدعاء ، ولم يصدر منه ما يتضمن تقريراً ، فلا يكون مقابلة الدعاء بالدعاء إسقاطاً [الحق]^(٣) النفي ، وهذا مثل أن يقول للمخبر : جزاك الله خيراً ، أو أسمعك الله ما تُسرّ به ، أو ما أشبه هذا ، فهذه الدعوات لا تعلق لها بالتهنة ، وإنما جاءت مُقابلةً للدعاء بالدعاء ، ولأجل هذا لم نجعله مستلحقاً ، ولا مبطلاً حقّ النفي .

(١) ثمّ أي في هذه الصورة بخلاف التي قبلها ؛ إذ ظن حملها ريحاً .

(٢) في الأصل : فقط .

(٣) في الأصل : بحق .

وبمثلته^(١) لو قال على أثر دعوة المهنيء : آمين ، مثل أن يقول المبشر : بارك الله لك في المولود الجديد ، أو ليهنك الفارس ، فإذا قال : آمين ، فهذا تقريرٌ للدعاء ، ومساعفةٌ في مقتضاه ، وهذا متضمنٌ للاستبشار والرضا بمعنى التهئة ، فيبطل به الحق في النفي .

فهذا القدر هو الذي رأينا أن نذكره .

وغائلة الفصل في معنى الفور ، والتأخير ، والإشهاد ، وما يتصل بهما ، وقد تقدم هذا مستقصى في كتاب الشفعة ، وسبق طرفٌ صالح منه في الرد بالعيب .

ولو قال : بلغني خبر المولود ، ولكني لم أعلم أنه يثبت لي حقٌ نفيه ، وأخرت لذلك ؛ فإن كان فقيهاً أو أنساً بالفقه بحيث لا يخفى عليه مثل هذا ، فلا يصدق فيما ادعاه .

وإن أمكن صدقه ، في دعواه ، فقد ذكر أصحابنا وجهين في أنه هل يبطل حقه ، وبنوهما على القولين في أن الأمة ، إذا عتقت تحت زوجها القن ، وفرعنا على أن خيارها في الفسخ على الفور / ، فلو أخرت الفسخ ، ثم زعمت أنها لم تشعر بثبوت الخيار لها ، ففي المسألة قولان مع ظهور الإمكان .

فَصْلٌ

قال : « فأما ولد الأمة لا يلحق المولى . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٧٥١- مضمون الفصل التفصيل في النسب الذي يلحق في ملك اليمين بالمولى ، وذكرنا ما يوجب اللحق ، فنقول أولاً :

لا خلاف أن الإمكان بمجرد لا يتضمن إلحاق النسب في ملك اليمين بخلاف النكاح ؛ فإن الإمكان فيه كافٍ في الحكم بلحق النسب ، وإن لم يوجد من الزوج

(١) المماثلة في التهئة ، وليس الحكم المترتب عليها ، كما يتضح من باقي العبارة .

(٢) ر . المختصر : ١٩٨/٤ .

إقراراً بالوطء ، بل يلحق النسب والظاهرُ عدم الوطء ، فإن من نكح عذراءً كريمةً من بيتٍ رفيع النسب ، ثم أتت بولد قبل الزفاف لزمانٍ يحتمل أن يكون العلوق به واقعاً في النكاح ، فالولد يلحق الزوج ، والأصلان ثابتان ، ولعل المعنى الفاصل بعد قول المصطفى صلى الله عليه وسلم : « الولد للفراش »^(١) أن النسب مما اعتنى الشرع بإلحاقه وتغليب أسبابه ، كما سبق تقريره ، ثم وقع القضاء بهذا في الجهات التي تُعنى وتُطلب لأجل النسب ، وهي المناكح .

فأما المملوكة ، فالنسب في الغالب لا يُطلب منها ، وكان المعتبرون في الأعصار يتعبرون بإيلاد الإماء ، ويذكرون في أوائل مفاخرهم أنهم بنو الحرائر ، ومن الكلام الشائع للعرب : « لستُ بابن حرة إن كان كذا وكذا » ، فيعدّون هذا من الألايا^(٢) التي يُقسم بها ، ولهذا المعنى لم يُقم الشرع للإماء وزناً في القسم ، فلم يُثبت لهن حقاً ، ولم يقع الاحتفال بمزاحمة الحرائر بهن ، فهذا عُقر^(٣) الباب .

٩٧٥٢- ثم لا شك أن ملك اليمين وإن تقاعد فيما ذكرناه عن النكاح ، فيتصور لحوق النسب فيه ، واختلف العلماء فيما يتضمن لحوق النسب : فقال أبو حنيفة^(٤) : لا يلحق النسب إلا بالاستلحاق والدعوة^(٥) الصريحة ، فلو اعترف المولى بوطء جاريته وأتت بمولود ، فلا يلحقه نسبه عند أبي حنيفة ما لم يقل هذا ولدي ، ثم قال : إذا لحقه نسب مولودٍ واحد ، ثم أتت بعد ذلك بأولادٍ ، لحقوه من غير احتياج إلى الدعوة ، أو سبب من الأسباب غير هذا .

وقال الشافعي رضي الله عنه : إذا اعترف المولى بالوطء ، وأتت الجارية بالولد ، لزمانٍ يحتمل أن يكون العلوق به من الوطء ، فقاعدة الباب أن الولد يلحق وإن لم يوجد

(١) سيأتي هذا الحديث بعد إن شاء الله .

(٢) الألايا : أي الأيمان .

(٣) عُقر الباب : أي أصله ، فالعُقر من كل شيء أصله . (المعجم) .

(٤) ر . حاشية ابن عابدين ٣/ ٦٩٠ ، تحفة الفقهاء : ٢/ ٤٠٧ ، اللباب : ٣/ ١٢٢ .

(٥) الدعوة بالكسر ادعاء الولد واستلحاقه (المصباح) .

دعوة [صريحة] ^(١) واستلحاق ناصٍ على الاعتراف بالوطء .

[فإن أتت] ^(٢) الجارية بالولد لزمانٍ لا يُحتملُ أن يكون العلوق به من ذلك الوطء المقرّ به ، فذلك الولد لا يلحق ؛ فإن معتمد اللقوق الوطء المقرّ به ، فقد خرج ذلك الوطء عن كونه مستنداً للولد الذي جاءت به .

وإن أقر بالوطء ، وادّعى أنه استبرأها بعد الوطء : أي حاضت بعد الوطء ، فالوجه أن [نطرد] ^(٣) أصل المذهب ، ثم نلحق به وجوهاً حائدة عن القانون ، والإحاطة بمضمون هذا الأصل موقوفة على نجاهه .

٩٧٥٣- فنقول : إذا اعترف بالوطء ، وزعم أنه استبرأها بعد الوطء المقرّ به ، فإن ش ٢٠٩ أتت بالولد لدون ستة أشهر فصاعداً من وقت الاستبراء/ المدّعى ، فالولد يلحق استناداً إلى الوطء المقرّ به ؛ فإننا تبيننا أن الذي جرى لم يكن استبراءً للرحم ، وأنها رأت الدم على الحمل .

وإن أتت بالولد لسته أشهر ، فصاعداً من وقت الاستبراء ، فالمذهب الذي عليه التعويل أن الولد ينتفي .

ومرجع المذهب أنا لم نلحق النسب في ملك اليمين بالإمكان المحض ، بخلاف النكاح ، ولم نشترط التصريح بالاستلحاق ، بل اكتفينا بذكر سبب العلوق ، وهو الوطء .

ثم كما اكتفينا بما لا يكون تصريحاً بالاستلحاق نجري ما يناقض ذلك على حسبه ، فالوطء ظاهر في الإعلاق ، وجريان الاستبراء ظاهر في براءة الرحم ، فيصير الواطيء - بعد الاستبراء ، وقد تعارض ظاهر في الإلحاق ، وظاهر في البراءة - في حكم المتعلق بالإمكان المحض ، وقد ذكرنا أن الإمكان المحض لا يلحق النسب [في] ^(٤) ملك

(١) في الأصل : صريح .

(٢) في الأصل : فأتت .

(٣) في الأصل : يطرد . (وهو غير مستقيم مع السياق) .

(٤) في الأصل : وملك .

اليمين ، بل النفي مترجّح لتأخر الاستبراء ، فهو في حكم الناسخ لما مضى .

٩٧٥٤- ولو ادعى المولى الاستبراء مطلقاً بعد الوطء ، وأنكرت الأمة ، وزعمت أنها لم تحض بعد الوطء ، فقد أطلق الأصحاب أن الرجوع إلى قول المولى .

وهذا فيه إشكال ؛ من جهة أن الاستبراء وقوع الحيض ، والرجوع في ثبوت الحيض ونفيه إلى النسوة ؛ إذ لا مطلع على ذلك إلا من جهتهن ، فقد ذكرنا أن الزوج إذا علّق طلاق امرأته بحيضها ، ثم زعمت أنها حاضت ، صدّقت مع يمينها ، وجرى القضاء بوقوع الطلاق ، والأصل استمرار^(١) النكاح ، فكيف صدّق المولى فيما نحن فيه ؟

والجواب عن هذا يُفصل المسألة ويوضح الغرض منها ، فنقول : هذه المسألة فيه إذا كانت الأمة لا تنكر جريان الحيض عليها ، [وأن]^(٢) الزوج اعترف بالوطء ، فإذا قالت : لم أحض بعد الوطء ، فكأنها تدّعي وطأً بعد آخر حيض منها ، والزوج ينكر ذلك الوطء ، وإنما يعترف بوطء سابق على الحيض ، [فيؤول]^(٣) الاختلاف إلى دعوى الوطء ونفيه ؛ إذ أقر المولى بوطء في وقت عيّنه ، وادّعى بعد ذلك جريان حيض عليها ، وأنكرت الأمة ، فهذا محل النظر .

والظاهر أنه يُرجع إلى قولها ؛ بناء على ما قدمناه من أن الرجوع إلى قولها في الحيض ، وفي كلام الأصحاب ما يدل على أن الرجوع إلى قول المولى في هذا المقام - وإن أرّخ الوطء كما صورناه - لأنه لم يعترف بالنسب ، ولا اكتفاء بالإمكان ، وكأن الشافعي يشترط أن يعترف بوطء ويعترف بانتفاء الاستبراء ، فإن لم يعترف بانتفاء الاستبراء فلا يدّعيه .

٩٧٥٥- ثم أطلق الأئمة القول بأنها تحلّف المولى في دعوى الاستبراء ، وليس هذا

(١) في الأصل : « والأصل عدم استمرار النكاح » . وهو مناقض للسياق .

(٢) في الأصل : وإلى .

(٣) كلمة غير مقروءة في الأصل .

ي ٢١٠ لمخاصمتها في النسب ، وإنما هو لتعلق حقها بأمية الولد ، ثم ذكر الشيخ أبو علي وجهين في كيفية التحليف : أحدهما - أنه يحلف بالله لقد / حاضت بعد الوطء ، ولم يطأها بعد الحيض حتى أتت بالولد ، فإذا حلف هكذا ، انتفى عنه الولد .

والوجه الثاني - وهو أن^(١) اختيار الإصطخري - أنه يحتاج أن يحلف بالله لقد استبرأها بعد الوطء ، ولم يطأها بعد الاستبراء ، وليس الولد منه ، فلا ينتفي النسب بعد الإقرار بالوطء إلا على هذا الوجه .

وقد يعنّ هاهنا إشكال ، وهو أن الأمة لو لم تتعرض للتحليف وطلب الحلف ، فكيف الوجه ، ولا يخفى أن للشرع حقاً في تأكيد لحوق الأنساب ، فلو أقر بالوطء وادعى الاستبراء ومات ، فالنسب لاحق أو منتفٍ ؟ الوجه عندنا الحكم بثبوت النسب ؛ فإنه ذكر سبب ثبوته ، ولم يؤكد ما يناقضه ، والاستبراء على حال متعلق بالأمة ، فلا يعارض الإقرار بالوطء ، ما لم يؤكّد .

ويخرج من هذا أنه لا حاجة إلى دعواها ، ولو حلف دونها ، كفى .

وما ذكرناه من أمية الولد صحيح في غرضها ، ولكن لا حاجة إليه فيما يتعلق بالنسب .

٩٧٥٦- ولو زعمت الجارية أنه وطئني فأنكر الوطء ، فقد حكى القاضي أن الأمة لا تملك تحليفه ، بل ليس لها التعرض لذلك ، ثم قال : والوجه عندي أنها تملك تحليفه ، وهذه الصورة ليست في معنى الأولى ؛ فإن النسب في الصورة الأولى لا ينتفي بعد الإقرار بالوطء إلا إذا حلف على الاستبراء ، كما فصلناه ، وهاهنا لا حاجة إلى الحلف حتى ينتفي النسب ، وهذا هو الذي أراده الأصحاب . نعم ، إذا طلبت الأمة أمية الولد ، وقد ولدت ، فلا يجوز أن يُتوهم خلاف في أنها تملك تحليفه .

(١) تستقيم العبارة على تقدير : والوجه الثاني مما حكاه الشيخ أبو علي أن اختيار الإصطخري ... إلخ .

٩٧٥٧- ولو قال السيد : وطئتها وعزلت عنها ، فالذي قطع به المحققون أن دعوى العزل لا أثر لها ، ومن ادعاه بمثابة من اعترف بالإنزال .

وكان شيخي يحكي وجهاً أن النسب لا يثبت إذا ادعى العزل ، وهذا بعيد ، لم أره إلا له^(١) ، وما رأيت في كتاب ، ولست واثقاً بنقلي فيه^(٢) .

نعم ، إذا اعترف السيد بإتيانها دون المأتى مع الإنزال ، فهل يكون هذا بمثابة الإقرار بالوطء ؟ فعلى وجهين : أظهرهما - أنه لا يكون كالإقرار بالوطء .

والوجه الثاني - أنه كالإقرار بالوطء ؛ فإن الماء يسبق .

وهذا ضعيف لا أصل له .

٩٧٥٨- فإذا أتت الأمة بولد بعد الاعتراف بالوطء وجرى الحكم بلحق نسبته وثبتت أمية الولد ، فإن أتت بولد بعد ذلك لأقل من ستة أشهر ، فهذا الولد يلحق لا محالة ؛ فإن الأول إذا لحق^(٣) - والثاني من ذلك الحمل - وقد ذكرنا أن الحمل الواحد لا يتبعض لحوقاً ونفياً .

ولو أتت بالولد الثاني لسته أشهر فصاعداً ، فلا شك أن العلوق به بعد انفصال الأول ، فهل يلحق من غير اعتراف بوطء بعد الولادة ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : فمن أصحابنا من قال : لا حاجة إلى ذلك ؛ فإن المستولدة مستفرشة ، وقد تأكد الفراش فيها بالولد ، فيكفي الإمكان ؛ فإنها خرجت عن الرق المطلق ، وانتهت إلى حالة يستفرشها المولى على ضعف ملكه فيها - مع أن حلّ الوطء يستدعي ملكاً كاملاً ، فيظهر من هذا أن للشرع/ غرضاً في تثبيت حرمة الفراش [التي]^(٤) ولدت نسيباً ، ٢١٠ ش

(١) ولم أره إلا له : أي لم يحكه غيره .

(٢) لعل معنى العبارة وتصويبها : والذي رأيته في كتاب ، ولست واثقاً بنقلي منه . وذلك أنهم كانوا يرون أن الأخذ عن الكتب من أدنى درجات الثقة في الرواية ، فكأنه يقول : لم أسمع هذا النقل من شيوخي . والله أعلم .

(٣) جواب (إذا) مفهوم من الكلام .

(٤) في الأصل : التي .

وأبو حنيفة مع مصيره إلى أن الولد الأول لا يلحق إلا بالدعوة والتصريح بالاستلحاق لم يعتبر هذا في سائر الأولاد بعد الأول .

ولكن^(١) لا يجري على مذهب الشافعي ما أجراه أبو حنيفة في إثبات خواصّ الفراش ، فإنه قال : المستولدة إذا عتقت ، فاستبرأؤها بثلاثة أقرأء كالمطلقة الحرة ، والشافعي يكتفي في استبراء المستولدة إذا عتقت بحيضة واحدة .

ومن أصحابنا من قال : لا يلحق الولد الثاني إذا تحقق أنه ليس من البطن بالأول ما لم يعترف المولى به أو بوطء جديد بعد انفصال الولد الأول ؛ فإنها مملوكة وليست ملتحقة بالمنكوحات ، والدليل عليه أن استبرأها إذا عتقت بحيضة ، ولا حق لها في القسم ، كما لا حق للريقة ، فلا يثبت لها حكم الفراش حتى يكتفى بالإمكان المجرد .

٩٧٥٩- ثم قال الأئمة : هذا الاختلاف ينبي على الاختلاف في مسألة ، وهي أن السيد إذا زوج أم ولده ، فألم بها زوجها ، ثم طلقها ، فانقضت عدتها ، فهل تعود فراشاً للمولى كما^(٢) تصرمت العدة ؟ فعلى قولين : أحدهما - بلى تعود ، حتى لو مات ، أو أعتقها ، يلزمها الاستبراء .

والثاني - لا تعود ، ولو أعتقها ، لم يلزمها الاستبراء .

فإن حكمنا بأنها تعود فراشاً من غير إقرار بوطء جديد ، فهذا قضاء منا بأن أمية الولد تُغني عن الاعتراف بالوطء ، وتقتضي الاكتفاء بالإمكان .

وإن قلنا : لا تعود فراشاً ، فلا بد بعد التخلي من اعتراف بوطء .

فعلى^(٣) هذا إذا أتت المستولدة بولد ، فلحق ، ثم أتت بولد يقع العلق به بعد الولادة ، فلا بد من الاعتراف بوطء جديد .

(١) الاستدراك هنا بمعنى أننا إن وافقنا أبا حنيفة في أن الأولاد بعد الولد يلحقون بالفراش وبالإمكان ، لكن لا يجري مذهبنا على ما يجري عليه أبو حنيفة في الاستبراء .

(٢) كما : بمعنى عندما .

(٣) عودٌ إلى مسألة المستولدة ، المشبهة بالمزوجة .

هذا حاصل قول الأصحاب في ذلك .

فإن قلنا : لا حاجة إلى الاعتراف بوطء ، فقد ذكر بعض الأصحاب أنه لو ادعى الاستبراء ، [لا تُنفى]^(١) النسب ، [وهذا خرقٌ عظيم ، لا يلحق بالمذهب]^(٢) ؛ فإذا كان الولد الثاني يلحق من غير اعترافٍ بوطء ، فلا حاصل لذكر الاستبراء^(٣) . وقد انتجز ما نقلناه عن الأصحاب^(٤) .

٩٧٦٠- ووراء ذلك كله أمرٌ هو الأهم ، فنعود على ما رسمنا مباحثين ، ونقول : إذا اعترف بوطء مملوكة ، وادعى استبراءها بعد الوطء ، أو جرى حيضها حقاً ، فإذا أتت بالولد لزمان يحتمل أن يكون العلوق به بعد الاستبراء ، فهو منتفٍ على النص وظاهر قول الأصحاب .

ومن أصحابنا من قال : يلحق النسب لأن الموطوءة صارت فراشاً في قضية لحوق النسب ، والتحقت في هذا المعنى على الخصوص بالمنكوحة .

والسبب فيه أن حرمة النسب في ملك اليمين كحرمة النسب في النكاح ، غير أننا لم نؤاخذ بالإمكان المجرد في ملك اليمين ؛ من حيث إن الوطء ليس مقصوداً فيه ، فإذا اعترف به ، لم يغادر شيئاً يُطَّلَع عليه ، والذي يستلحق النسب لا يعرف منه إلا الوطء ،

(١) في الأصل : إلا بنفي النسب .

(٢) زيادة ذكرها بلفظها ابن أبي عصرون ، وبمعناها العز بن عبد السلام .

(٣) عبّر عن ذلك ابن أبي عصرون والعز بن عبد السلام ، فقالا : « إن ولادة الولد الأول أقوى من الاستبراء » .

(٤) لعلنا نؤكد صحة هذا التصرف في العبارة والزيادة فيها إذا رأينا نص اختصار العز بن عبد السلام لها ، فقد قال : « ومتى ألحقنا ولد الأمة ثبتت أمية الولد ؛ فإن أتت بعد ذلك بأولاد ، فإن كانوا من ذلك البطن ، لحقوا ، وإن كانوا من بطن آخر ، فوجهان مأخوذان من القولين فيمن زوج أم ولده ، فطلّقت بعد الدخول وانقضت العدة ، ففي عود الفراش قولان ، فإن قلنا : يلحقون ، لم ينتفوا بدعوى الاستبراء ، فإن ولادة الأول أقوى من الاستبراء ، وأبعد من نفاهم بذلك ، وعلى الأصح لا ينتفون إلا باللعان » (ر . الغاية في اختصار النهاية : ج ٣ ورقة : ١٩٩ يمين) .

ي ٢١١ وهذا واقع في المعنى ، فإذا دعوى الاستبراء بعد جريان الوطء كدعوى الاستبراء في /
النكاح .

ومن هذا المنتهى نقول : النسب على هذا الوجه تعرض للثبوت ، ولا يتصور تقدير نفيه بدعوى الاستبراء على الرأي الذي أظهرناه ، فنجري فيه القول القديم المحكي عن أبي عبد الله^(١) في أن النسب في ملك اليمين ينفي باللعان ، ونحن نعلم أن النسب إذا أمكن نفيه بجهة سوى اللعان لا ينتفي باللعان .

٩٧٦١- ومما ذكره الأصحاب أن المولى إذا اعترف بالوطء ، فأتت الأمة بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء المعترف به ، فهل يلحق بالنسب ؟ ذكروا وجهين مرسلين ، والوجه فيه عندنا أنا إذا قلنا : النسب ينتفي بدعوى الاستبراء ، فينتفي في هذا المقام ، بل هو بالانتفاء أولى ؛ فإننا على قطع نعلم أن الولد الذي أتت به لأكثر من أربع سنين بعد الوطء ، ليس من الوطء ، وهذا القطع لا يحصل بالاستبراء ، فإن الحامل قد ترى دماً ، فسبيل ذكر هذين الوجهين أن نقول :

إن حكمنا بأن دعوى الاستبراء تقطع أثر الاعتراف بالوطء ، فالإتيان بالولد لأكثر من أربع سنين بذلك أولى .

وإن قلنا : دعوى الاستبراء لا تقطع أثر الاعتراف ، فإذا أتت بالولد لأكثر من أربع سنين ، لحق الولد ، كما لو أتت المرأة بولد لأكثر من أربع سنين من وقت النكاح مع الإمكان .

ثم على هذا لا بد من إجراء قول اللعان .

وإذا قلنا : لا حاجة إلى الإقرار بوطء جديد بعد أمية الولد في سائر الأولاد فأنسابهم لا ينفيه^(٢) إلا اللعان .

فهذا وجه إجراء اللعان في نسب ملك اليمين .

(١) المراد هنا : الشافعي ، وليس مالكا . كما هو واضح .

(٢) الضمير المذكور هنا على معنى المفرد (النسب) .

وكنا أطلقنا قول اللعان وأحلنا تفصيله على هذا الفصل ، وقد وفينا بالموعود ، وعلى فضل الله التكلان .

٩٧٦٢- ثم إن الشافعي رضي الله عنه أخذ يستبعد مذهب أبي حنيفة في ملك اليمين والنكاح ويقول : « لا يُلْحَقُ النسبُ في ملك اليمين مع الإقرار بالوطء ، ويُلْحَقُ النسبُ في النكاح مع انتفاء إمكان الوطء ، وهذا تناقضٌ بين »^(١) وقد قررنا ذلك في (الأساليب)^(٢) و (المسائل)^(٣) والله أعلم .

* * *

(١) هذا تلخيص ما جاء عن الشافعي في مختصر المزني (ر . المختصر : ٢٠١-٢٠٤) .

(٢) الأساليب : أحد كتب إمام الحرمين في الخلاف ، وإنما سمي بذلك لأنه كلما انتقل من قضية خلافة إلى أخرى قال : أسلوب آخر .

(٣) (المسائل) : لا شك أنه يريد بها (الدرة المضية فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية) ؛ فإنها تُبنى على المسائل ، حيث (يُعْنَوْنَ) كل قضية خلافة بقوله : (مسألة) والدرة بين أيدينا والمسألة منصوطة فيها (آخر مسائل اللعان) والأمل في فضل الله وعونه أن نُخرج القسم الثاني من الدرة ونلحقه بالقسم الأول قريباً ، اللهم استجب وحقق أمل عبدك اللاجئ إلى حولك وقوتك ، إنك واسع الفضل ونعم المولى ، ونعم النصير .

كتاب العدة

باب عدة المدخول بها

٩٧٦٣- العدة من العدد ، استعملت شرعاً في معدودات مخصوصة ، فجرت مجرى الصلاة والصيام والحج ، ثم العدة تنقسم إلى ما يتمحض تعبداً ، وإلى ما يشوبه رعاية الاستبراء .

فأما ما يتمحض تعبداً ، فهو العدة التي لا يتوقف وجوبها على جريان السبب الشاغل للرحم ، وذلك عدة الوفاة ، وعن هذا الأصل تكتفي الممسوسة بها ، وإن كانت من ذوات الحيض ، من غير جريان حيض ، وعماد تلك العدة الأربعة الأشهر والعشر ، في حق الحرية ، وشطرها في حق الأمة ، وقياسها ألا تتعلق بما يدل على براءة الرحم ، ولكن ثبت بالخبر أن المتوفى عنها زوجها لو وضعت حملها وزوجها على السرير تخلت .

فأما العدة التي يشوبها اعتبار براءة الرحم ، فهي العدة عن طرق قطع النكاح في الحياة ، وجميعها يتوقف ثبوتها/ على جريان المسيس ، ثم لا نشترط في وجوبها توهم ٢١١ ش شغل الرحم ؛ فإن الصغيرة التي لا يحبل مثلها إذا وطئها الزوج ثم طلقها ، اعتدت . وإذا قال الزوج لامرأته الموطوءة : إذا استيقنت براءة رحمك فأنت طالق ، فاستيقنتها : بأن ولدت ، ومضت بعد الولادة ستة أشهر ، واعتزلت عن زوجها أكثر من أربع سنين ، فإذا لحقها الطلاق ، استقبلت العدة مع القطع ببراءة الرحم ، وقد تمر على المطلقة أربع سنين ، فلا نحكم بانقضاء عدتها^(١) ، وإن أفاد ما جرى من الزمان القطع ببراءة الرحم ، فاشتراط المسيس يشير إلى اعتبار براءة الرحم في بعض الصور ،

(١) ستأتي هذه الصورة فيمن كانت تحيض وانقطع حيضها .

ووجوب العدة مع القطع بالبراءة يدل على أن وجوب العدة لا يتوقف على شغل الرحم .

ثم هذه العدة تتعلق بوضع الحمل وغيره ، فإذا وضعت الحمل بعد الفراق ، ولم يكن الرحم مشتملاً على غير ما وضعت ، فقد انقضت عدتها ، قَرُبَ الزمانُ أو طال .
وإن كانت حائلاً ، فلا يخلو إما أن تكون من ذوات الحيض وإما ألا تكون منهن ؛ فإن لم تكن من ذوات الحيض ، فعدها بالأشهر ، على ما سيأتي في أثناء الكتاب .

٩٧٦٤- وإن كانت من ذوات الحيض ، فعدها بالأقراء ، قال الله تعالى :

﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .

واختلف العلماء في القرء ومعناه في الشرع ، فذهب أبو حنيفة^(١) إلى أن القرء الحيض ، وقيل : كان هذا مذهباً للشافعي ، وكان أبو عبيد^(٢) يعتقد أن القرء هو الطهر الذي يحتوشه حيضان ، فالتقيا رضي الله عنهما وتناظرا ، وكان الشافعي يورد عليه من قضايا الأحكام ما يدل على أن الاعتبار بالحيض في العدة ، وأبو عبيد يورد من قضايا اللسان ما يدل على أن القرء الطهر ، فافترقا ، وقد أخذ الشافعي مذهب أبي عبيد ، وأبو عبيد مذهب الشافعي .

وهذه حكاية لا تعويل عليها ؛ فإن الشافعي كان بحر^(٣) اللغة ، وأبو عبيد من نقلتها ، وإنما كان ينقل الأئمة اللغة من الشافعي ومن في درجته في اللسان ، فلا يُعرف للشافعي مذهبٌ في القرء سوى ما يعرفه أصحابه الآن ، ولو كان ذلك مذهباً له ، لنقل نقل الأقوال القديمة .

وقد اضطربت أقوال العلماء في معنى القرء في اللغة : فذهب أصحاب أبي حنيفة إلى أنه الحيض ، وذهب أصحاب الشافعي إلى أنه الطهر .

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣٨٥ / ٢ مسألة ٨٩٠ ، المبسوط : ١٣ / ٦ ، طريقة الخلاف : ١٤١ مسألة ٥٩ .

(٢) في الأصل : أبو عبيدة . والمعني هنا هو : أبو عبيد القاسم بن سلام ، وقد سبقت ترجمته في الفرائض .

(٣) ضبط (بحر) في الأصل بالرفع .

وقال قائلون من أئمتنا : ما يجمع على وزن فعول ، فهو بمعنى الطهر ، وما يجمع على وزن أفعال ، فهو بمعنى الحيض ، ثم زعموا أن الذي هو بمعنى الطهر على وزن الفعل ، فالفعل يُجمع فعولاً كالحرب والحروب والضرب والضروب ، والقراءة - بفتح القاف - والقروء .

وما هو بمعنى الحيض على وزن الفعل كالجرم والأجرام ، والقراءة والأقراء . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دعي الصلاة أيام أقرائك » .

٩٧٦٥- وكل ذلك من اضطراب الفقهاء والذي صح عندنا أن القراءة والقروء بالضم / ٢١٢ ي والفتح من الأسماء المشتركة ؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دعي الصلاة أيام أقرائك » ، وقال الأعشى :

لما ضاع فيها من قروء نسائك^(١)

ومن صريح اللغة القراءة بمعنى الجمع ، ومنه تقول : قرأت الطعام في الشدق ، والماء في الحوض ، وما قرأت الناقة سلى^(٢) قط ، أي لم يشتمل رحمها على جنين . ومما صح النقل فيه القراءة بمعنى الطلوع والغروب يقال : قرأ النجم إذا طلع ، وقرأ إذا غرب ، والقراءة يجوز حملها على الجمع ، من حيث إن القارئ يجمع الحروف لنظم الكلمة ، ثم يجمع الكلمة لنظم الكلام ، ويجوز أن يكون بمعنى البدو والاكتتام ،

(١) هذا شطر بيت للأعشى من قصيدة يمدح فيها هوزة بن علي الحنفي ، وقبل هذا البيت :

وفي كل عام أنت جاشم غزوة تشد لأقصاها عزيماً عزائك
مورثة مالا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائك

ومحل الشاهد للإمام أن القراءة من الأسماء المشتركة ، فهو في الحديث بمعنى الحيض : « دعي الصلاة أيام أقرائك » أيام حيضك . وفي البيت بمعنى الطهر ، فهو يخرج للغزو كل عام ، فيورثه الغزو مالا ورفعة عوضاً عما ضاع من استمتاعه بنسائه في أقرائهن (أطهارهن) . (ر . لسان العرب : مادة : قرء ، وديوان الأعشى : ص ١٣٣) .

(٢) السلى : هو الغشاء الرقيق الذي يحيط بالجنين وهو في بطن أمه ، ويخرج معه (المعجم) . وضبط في نسخة الأصل بكسر السين ، ورسم بالألف .

والكلم هكذا تنتظم بحروفها ، فيطلع حرف من مخرجه ويغيب ويطلع آخر ، فيتحصل من ذلك أن القرء من الأسماء المشتركة .

وقد صح عندنا أن الاسم المشترك كالجون الذي يطلق على الضوء والظلمة في أصل الوضع موضوعٌ للغسل ووقت اختلاط الظلام بالضياء ، ثم قد يميل العرب إلى أحد طرفي الجون فتسمي الضوء جونا ، وكذلك القول في الطرف الآخر ، فالقرء جرى بين طوري المرأة في الطهر والحيض ، فمال بعض العرب إلى طرف ، والبعض إلى الطرف الآخر .

ومن علو قدر الشافعي رضي الله عنه أنه لم يتعلق في هذه المسألة باللغة لما رأى أصولها متفاوتة ، واعتقد أنه من الأسماء المشتركة ، وطلب متعلقاً من الشريعة ، فاستمسك بقوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق : ١] وإليه أشار المصطفى صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن عمر ؛ إذ قال : « فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء »^(١) ، ثم إذا استقبلت ذات الأقراء العدة ، فلا شك أنها معتدة في زمان الطهر والحيض ، ولكن أجمع العلماء على أن الاعتداد يقع بأحد الطورين ، وهو المقصود ، والآخر لا بد منه ؛ فإن حكم العدة لا [ينقطع]^(٢) ، ثم رأى الشافعي [الاحتساب]^(٣) في العدة [بالوقت]^(٤) الذي تنهياً المرأة فيه للاستمتاع في النكاح .

٩٧٦٦- هذا بيان مذهب الشافعي ، وله قولٌ في القديم صح النقل فيه أن القرء هو الانتقال ، ثم قال : الانتقال من الحيض إلى الطهر في اللغة كالانتقال من الطهر إلى الحيض ، ولكن الشرع خصص القرء بالانتقال من الطهر إلى الحيض ، ويظهر أثر هذا القول في التفريع ، ثم أول حكم نبتديه تفصيل القول في الأقراء .

(١) سبق هذا الحديث في الطلاق .

(٢) في الأصل : « ينقطع » .

(٣) في الأصل : الاحتباس . والتصويب من صفوة المذهب .

(٤) في الأصل : في الوقت .

فصل في

قال : « ولو طلقها طاهراً قبل جماع أو بعده ، ثم حاضت بعده بطرفة ، فذلك قرء ... إلى آخره »^(١) .

٩٧٦٧- نقول : ثبت من مذهب الصاحب^(٢) رضي الله عنه أن القرء هو الطهر ، هذا هو الأصح إلى أن نفرع [على]^(٣) قول الانتقال .

ثم إذا وقع الطلاق والمرأة في بقية من الطهر ، فإذا حاضت ، فهذا قرء كامل في معنى الاعتداد والاحتساب ، وإن لم يكن طهراً كاملاً ، حتى لو طلقها وقد بقي من طهرها زمن يسع طرفة عين ، فإذا حاضت ، كان ذلك المقدار قرءاً ولا فرق بين أن يكون جامعها/ في ذلك الطهر ، وبين أن لم يكن جامعها ، وإنما يقع الفصل بين أن ٢١٢ ش يجامع وبين ألا يجامع في طلاق السنة والبدعة ، كما سبق مفصلاً في موضعه من كتاب الطلاق .

ولو قال لامرأته : أنت طالق مع آخر جزء من طهرك ، فالطلاق على القول الجديد الصحيح يصادف الطهر ، ولكن لا يستعقب طهراً ، بل يتصل وقوع الطلاق بأول الحيض ولا يعتد بذلك ؛ فإنه لم يمض بعد وقوع الطلاق شيء من الطهر ، ثم إذا كان كذلك ، فهل نحكم بكون الطلاق بدعياً ؛ من حيث إن وقوعه في هذا الوقت يتضمن تطويل العدة ، أو نحكم بأنه طلاق سنة لمصادفته طهراً ، على شرط أن يفرض عارياً عن المسيس ؟ فيه اختلاف قدمته^(٤) .

ولو قال لامرأته : أنت طالق مع آخر جزء من حيضك ، فاتصل الطهر بوقوع الفراق ، وقد ذكرنا الاختلاف في أن الطلاق سني أم بدعي^(٥) ؟

(١) ر . المختصر : ٤ / ٥ .

(٢) الصاحب : المراد الشافعي رضي الله عنه .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) قال النووي : « المذهب والمنصوص أنه بدعي » (ر . الروضة : ٥ / ٨) .

(٥) قال النووي : « الأصح أنه سني لاستعقابه الشروع في العدة » (السابق نفسه) .

وجمع العراقيون الصورتين وهو إيقاع الطلاق في آخر جزء من الطهر وإيقاع الطلاق في آخر جزء من الحيض ، ثم قالوا في الحكم بالسنة والبدعة في الصورتين ثلاثة أوجه : أحدها - أن الاعتبار بالوقت الذي يقع الطلاق فيه ، فإن كان طهراً ، فالطلاق سني ، وإن كان حيضاً ، فالطلاق بدعي .

والثاني - أن الاعتبار بالوقت الذي يعقب الطلاق ، فإن كان طهراً ، فالطلاق سني ، وإن كان حيضاً ، فبدعي .

والوجه الثالث - [عدم]^(١) الفصل بين الصورتين ، فإن وقع الطلاق في بقية الطهر - يعني الجزء الأخير - ، فهو بدعي اعتباراً بما بعده ، وإن وقع الطلاق في آخر الحيض ، كان بدعياً اعتباراً بحالة الوقوع ، والفرق^(٢) أن الحيض لا يمكن قلبه عن اقتضاء البدعة ، [والطهر]^(٣) يمكن قلبه إلى اقتضاء البدعة بفرض الوطء فيه ، وإذا كان كذلك ، فأيقاع الطلاق في الجزء الأخير يكون من الأسباب المغيرة للطهر عن مقتضاه .
هذا بيان التفرع على الجديد .

٩٧٦٨- فأما القول الذي نص عليه في القديم وهو أن القرء هو الانتقال ، ففيه أولاً سرٌّ بديع ، وهو أنه جمعٌ بين الطهر والحيض ، [مال]^(٤) الشافعي إليه من وجهين : أحدهما - أنه وجد في اللغة القرء بمعنى الانتقال طلوعاً وعزوباً ، والآخر - أن من ضرورة كل انتقال الجمع بين المنتقل منه ، والمنتقل إليه ، والانتقال معنى بينهما .

ثم من آثار هذا القول أنه إذا قال لامرأته : أنت طالق مع آخر جزء من طهرك ، فإذا حاضت ، فقد تبين أنه مضى من عدتها قرء ، وهو الانتقال من الطهر إلى الحيض وعلى القول الجديد لا يعتد بشيء بعد ، وأول ما يقع الاعتداد به الطهر بعد الحيض ، وهذا

(١) زيادة من المحقق ، بدونها لا يتحقق الفرق بين الوجه الثالث وما قبله ، ففي كلٍّ من الوجهين قبله فصلٌ بين الصورتين .

(٢) المعنى أنه إذا كان هناك من فرق بين الصورتين ، فهو من هذه الجهة (التي شرحها) لا من جهة الحكم .

(٣) في الأصل : فالطهرة .

(٤) في الأصل : قال .

يظهر أثره إذا احتجنا القول في أقل ما يفرض انقضاء العدة فيه من الزمان ، إذا كانت المرأة من ذوات الأقراء .

ومما بناه الأصحاب على القولين في أن القراء طهر أو انتقال أن الصغيرة/ إذا ٢١٣ ي افتتحت العدة في الشهور ، ثم إنها حاضت في أثناء الشهور ، فلا شك أنها ترد إلى اعتبار الأقراء كما سيأتي ، وهل يعتد بما مضى من الشهور قرءاً ؟ فعلى قولين مأخوذين مما قدمناه في معنى القراء ؛ فإن حكمنا بأن القراء هو الطهر المحقق ، فمعناه زمان نقاء بين دميين ، فعلى هذا لا يعتد بما مضى قرءاً ، وإن حكمنا بأن القراء هو الانتقال ، فيعتد بما مضى قرءاً ؛ فإنها انتقلت .

ولست أحب هذا البناء ؛ فإن صاحب قول الانتقال يشترط الانتقال من الطهر إلى الحيض ، والذي تقدم للصبية لم يكن طهرأ ، فالأولى أن نوجه القولين في الصبية إذا انتهينا إليها .

٩٧٦٩- وقد كنا ذكرنا الزمان الذي يفرض انقضاء العدة فيه في كتاب الرجعة ، ونحن نستقصيه الآن ، ونقول : الزوج لا يخلو إما أن يطلقها في زمان الطهر ، أو يطلقها في زمان الحيض ، فإن طلقها في الطهر ، فإذا مضت تلك البقية ، كانت طهرأ ، فتحيض ثم تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، فإذا طعنت في الحيضة الثالثة ، انقضت عدتها ، وأقل زمان يفرض انقضاء عدتها فيه على الشرائط التي سنستقصيها اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ، على القول الجديد .

وإن فرعنا على قول الانتقال ، فاثنان وثلاثون يوماً ولحظة ، ولكن إن كانت عاداتها مضطربة أو كانت عاداتها على الأقل ، فالأمر على ما ذكرناه .

فإن كانت لها عادة ، فادعت انقضاء العدة لأقل من عاداتها ، فهل يقبل قولها ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يُقبل ؛ تعويلاً على إمكان الصدق ، وليس اضطراب العادة أمراً بدعاً ، وقد يغلب على النسوة تفاوت [الأدوار]^(١) ، وهو على الجملة من فضلات

(١) في الأصل : الأدواء .

الطبيعة ، ويجوز تفاوت نقصانها وزيادتها بالأغذية ، واختلاف الأحوال ، وهي مؤتمنة على الجملة .

والوجه الثاني - أنه لا يقبل قولها . قال القاضي : هذا هو الأظهر ، وعليه يدل نص الشافعي في (الكبير) ، فإنه قال : « لو كانت لها عادات مختلفة ، فادعت انقضاء العدة لأقل عاداتها ، قَبِلْتُ ذلك » ، ومفهوم النص أنها لو ادعت الأقل من أقل عاداتها لا يقبل قولها ، وهذا محل الوجهين أيضاً .

٩٧٧٠- ثم تفصيل الاثنين والثلاثين واللحظتين - على قولٍ ، حيث يُقْبَلُ - أن يفرض الطلاق في آخر الطهر بحيث يستعقب لحظة واحدة ، فهذه اللحظة قرء ، ثم إنا نفرض بعدها يوماً وليلة دماً ، وخمسة عشر يوماً طهراً ، ويوماً وليلة دماً ، وخمسة عشر يوماً طهراً ، ثم تطعن في الحيضة الثالثة ، ومجموع ما ذكرناه اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان .

فإذا فرعنا على قول الانتقال ، فنفرض الطلاق معلقاً بالجزء الأخير من الطهر ، فيستعقب وقوع الطلاق يوماً وليلة [دماً]^(١) ، والانتقال محسوب قرءاً ، ثم بعد الدم خمسة عشر [طهراً]^(٢) ، وبعدها يوم وليلة [دماً]^(٣) ، وبعد الدم خمسة عشر يوماً [نقاءً]^(٤) ، ثم تطعن بلحظة من الحيض ، فتنقص المدة بلحظة عما ذكرناه ؛ لاحتسابنا

ش ٢١٣ الانتقال / إلى الحيض قرءاً .

هذا أقل الإمكان والطلاق واقع في الطهر .

فأما إذا وقع الطلاق في الحيض ، فأقل ما تصدق فيه على انقضاء العدة سبعة وأربعون يوماً ، ثم لا بد من لحظة الطعن في الحيضة الأخيرة ، وبها يتبين الانقضاء ، كما سنشرح ذلك بعد ، إن شاء الله ، وذلك أنا نفرض وقوع الطلاق في اللحظة الأخيرة من الحيض ، وليست محتسبة من العدة ، وبعدها خمسة عشر يوماً طهراً ، ويوماً وليلة

(١) زيادة اقتضاها إيضاح الكلام .

(٢) زيادة من عمل المحقق .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) زيادة لوضوح العبارة .

دماً ، وخمسة عشر طهراً ، ويوماً وليلة دماً ، وخمسة عشر يوماً طهراً ، ثم تطعن في الحيضة الأخيرة .

٩٧٧١- وإذا قال لها : إذا ولدت ، فأنت طالق ، فإذا طُلِّقَت بالولادة ، فقد قال الأصحاب : أقل ما تُصَدَّقُ على انقضاء العدة سبعة وأربعون يوماً ولحظتان ، لحظة للنفاس ؛ فإنها أقل النفاس ، وخمسة وأربعون يوماً لثلاثة أطهار ، ويومان لحيزتين متخللتين بين الأطهار ، واللحظة الثانية لتبين انقضاء العدة .

وهذا يخرج على أحد المذاهب ؛ إذ قد اختلف أصحابنا في أن المرأة إذا عاودها في مدة النفاس بعد مضي أقل الطهر حيضاً ، فذاك نفاس أو حيض ؟ منهم من قال : هو حيض ، فعلى هذا يخرج ما ذكرناه ، ومنهم من قال : ذاك نفاس ، فلا نصدقها إذا في انقضاء العدة في هذه المدة ؛ [إذ]^(١) لا يُحتسب الخمسة عشر الواقعة نقاء طهراً معتداً به قرأ .

وهذا تفصل في تفریع التلفيق من أبواب الحيض .

ومما يجب التنبيه له أن ما ذكرناه في السبع والأربعين ولحظتين إذا نُفِست ، وقد يتصور عندنا أن تلد المرأة ولا تنفس أصلاً ، ويتصل الطهر بالولادة ، فعلى هذا تسقط لحظة وضعناها لأقل النفاس .

٩٧٧٢- ومما أخرناه وهذا أوان بيانه أن اللحظة التي يقع الطعن بها في الحيض ، فهي^(٢) التي سميناهم لحظة التبين فيها كلام ، وظاهر النص أن اللحظة الواحدة كافية ، وإذا ثبتت ، فقد خلت عن العدة ، وحلت للأزواج .

وحكى البويطي أيضاً عن الشافعي أنه لا يقع الحكم بانقضاء عدتها ما لم يمض بها يوم وليلة ؛ فإننا لا نأمن أن ما رآته من الدم دمٌ فساد ، وقد ينقطع على ما دون الأقل المعتبر في الحيض ، فاختلف أصحابنا : فمنهم من قال : في المسألة قولان : أحدهما

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) كذا : (فهي) بالفاء . وما أراه تصحيحاً عن (الواو) فهذا معهود في لغة إمام الحرمين وغيره من أهل عصره . والله أعلم .

وهو الظاهر أن اللحظة الواحدة كافية ؛ لأنها في الظاهر حيض ، واليقين ليس مطلوباً فيما نحن فيه .

والثاني - أنه لا يحكم بانقضاء العدة ما لم يمض يوم وليلة ، ووجهه بيّن .
وذكر بعض أصحابنا قولاً ثالثاً مخرجاً ، وهو أنها إن رأت الدم على موجب عاداتها ، فباللحظة الواحدة كافية ، وإن رأت الدم على خلاف العادة ، فلا بد وأن تتربص يوماً وليلة .

هذا مسلك الأصحاب : منهم من قطع بالاكتفاء باللحظة الواحدة وجعل قول ي ٢١٤ البويطي محمولاً/ على الاحتياط ، والاستظهار .

ثم اللحظة التي يقع اليقين بها أو اليوم واليلة [على القول البعيد]^(١) هل تكون محسوبة من العدة أم لا ؟ ذكر العراقيون والقاضي وجهين أحدهما - [أنها ليست من العدة]^(٢) وهو الأصح الذي لا يسوغ غيره ؛ فإنه للتبين حتى نعلم أن الأقرء الثلاثة [انقضت ، و]^(٢) هي من العدة بمثابة استظهار الصائم بلحظة من أول الليل وآخره ، وهو [كأخذ المتوضئ جزءاً من رأسه في محاولة استيعاب الوجه بالغسل .

والوجه الثاني - أنه من العدة ؛ فإن [له يجب فيه]^(٢) الاحتباس ؛ لأنه لا بد منه ، وهي فيما نسميه طعناً في الحيضة الأخيرة [محسوبة في غير]^(٢) هذا الوجه ، وقد قضيت العجب من حكاية القاضي له .

٩٧٧٣- ومما نذكره في اختتام هذا الفصل أن المرأة إذا ادعت انقضاء العدة في مدة لا يحتمل انقضاء العدة في مثلها ، فلا شك أنا لا نصدقها ؛ فإنها ليست تدعي أمراً ممكناً على قاعدة الشرع ، فإذا مضى من وقت دعواها زمانٌ يمكن انقضاء العدة الآن [بجمع]^(٣) ما تقدم وما تأخر ، فهل تصدق والحالة هذه ؟

تفصيل المذهب فيه : أنها إن كذبت نفسها فيما قدمته من دعوى الانقضاء ،

(١) مكان كلمات مطموسة تماماً في الأصل . وهذا تقدير منا .

(٢) تقدير منا مكان المطموس بالأصل .

(٣) في الأصل : بجميع .

وقالت : الآن انقضت عدتي ؛ فإنها تصدق ، ويقبل قولها ، ولو أصرت على دعواها الأولى ، فهل يحكم بانقضاء عدتها إذا انضم إلى الزمن الأول من الزمان ما يظهر الاحتمال فيه ؟ فعلى وجهين ذكرهما القاضي : أحدهما - أنه لا يحكم بانقضاء العدة ؛ فإنها ليست تدعي الانقضاء على حسب ما يرى التصديق فيه ، وما ادعته باطل ، لا سبيل إلى التصديق فيه ، وهذا صححه القاضي .

والوجه الثاني - أنها تصدق ؛ فإن إصرارها على ادعاء الخلو عن العدة بمثابة تجديد ادعاء الانقضاء ، وربما كان يقطع شيخي بهذا ولا يذكر غيره ، والأقيس ما ذكر القاضي^(١) .

ولكن في هذا الوجه غائلة ، وهي أنها لو أصرت على دعواها الأولى إصرار من لا ينزل عن سابق قوله ، فلا موقف والحالة هذه يُنتهى إليه ويُحكم إذ ذاك بانقضاء العدة ، وهذا بعيدٌ إذا لم يكن قد تباعدت حيضتها ، فلا وجه إلا تنزيل قولها على أقل مراتب الإمكان .

وما ذكرناه يناظر مسألة في تكذيب المخروص عليه الخارص على قولنا : الخرصُ حكم ، فإذا ادعى المخروص على الخارص غلطاً فاحشاً يندُر وقوعُ مثله للخبير بالغرض ، فهذا غير مقبول منه ، ولكن إذا ردّ قوله فيما لا يمكن ، هل يقبلُ في القدر الممكن ؟

فيه اختلافٌ ، والأوضح قبُول قول المخروص عليه في القدر الذي لو لم يدع غيره ، لقبُل ، والخلاف وإن جرى في المسألتين ، فالأصح في مسألة الخرص التصديقُ في القدر الممكن ؛ لأن [عين]^(٢) دعواه تشتمل على القليل والكثير ، فلا يبعد

(١) خالف في ذلك ابن أبي عصرون ، وتعقب الإمام قائلاً : « قلت : ويجب الحكم بانقضاء عدتها مطلقاً ؛ لأننا لم نكذبها في مضي المدة ، بل في إمكان حصول الأقراء فيها ، وإذا مضى بعد ذلك زمانٌ مع ضمه إلى المدة الأولى يتحقق فيه إمكان الانقضاء ، فلا وجه للاختلاف ، ولا لتفصيل الإصرار ؛ فإن المصر لم ينزل عما ادعاه أولاً ، ولو نزل ما كان مصرّاً » . ا . هـ . (ر . صفوة المذهب : جزء (٥) - ورقة (١٤١) يمين) .

(٢) في الأصل : غير .

أن يُردّ في مقدارٍ ويقبل في مقدار ، وهذا لا يتحقق في التي ادّعت انقضاء العدة لزمانٍ ش ٢١٤ لا يحتمل ؛ فإن دعواها/ لا تشتمل على ما ذكرت وعلى ما بعده .

فصل في

قال : « فأقل ما علمناه من الحيض يوم . . . إلى آخره »^(١) .

٩٧٧٤- تعرض الشافعي لأقل الحيض وأكثره ، وأقل الطهر ، وقد أجرينا فصول الحيض في كتابه ، على نسقٍ لا نرى عليه مزيداً ، فلم نغادر - فيما نظن - لطالبٍ مطلباً ، فلتطلب هذه الأصول من كتابها .

٩٧٧٥- ثم قال : « ولو طبق بها الدم . . . إلى آخره »^(٢) .

وهذا خوض منه في أحكام الاستحاضة ، فلا مطمع للخوض فيها ، وقد جرى على بيان شافٍ .

والذي يتعلق بأمر العدة من جملة تلك الأحكام [أحكام]^(٣) الناسية ، وتفصيل القول في أن عدتها بماذا تنقضي ؟ فإن جعلنا الناسية في أحكامها كالمبتدأة ، فهي في عدتها كالمبتدأة ، وإن أمرناها بالاحتياط في عباداتها ووجوب اجتنابها ، كما تفصل في موضعه ، فالذي ذهب إليه الأئمة أنها مردودة في عدتها إلى الأهلة [والدم دائم]^(٤) عليها ؛ فإن الغالب أنه لا يخلو شهر عن حيض وطهر ، سيما إذا كانت ترى الدم المستمر .

ثم الذي نقله المزني أنه إذا أهل الهلال الرابع ، فقد انقضت عدتها .

ونقل الربيع إذا أهل الهلال الثالث ، فقد انقضت عدتها .

فمن أصحابنا من قال صورة نقل المزني إذا كان قد طلقها والباقي من الشهر خمسة

(١) ر . المختصر : ٥ / ٥ .

(٢) ر . المختصر : ٥ / ٦ .

(٣) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : « إلى الأهلة والدائم عليها » والمثبت من تصرف المحقق .

عشرَ يوماً ، أو أقلُّ ، فلا يحسب ذلك قرءاً لاحتمال أنَّ كله حيض ، فإذا أهلَّ الهلال ، ومضى هلالان بعده ، وأهلَّ الرابعُ ، حكمنا بانقضاء العدة ، فتتربص بقية الشهر في الصورة التي ذكرناها ، وثلاثة أشهر بعدها ، ويقع الحكم بانقضاء العدة عند استهلال الرابع .

وهذا القائل يقول : صورة ما نقل الربيع : إذا كان الباقي من الشهر بعد وقوع الطلاق أكثر من خمسة عشر ؛ فإننا نحسب تلك البقية ؛ لأننا نقطع بأن فيه جزءاً من الطهر ، فهذا مسلك الأصحاب .

٩٧٧٦- [وهناك]^(١) من قال : يحسب بقية الشهر قرءاً ، وإن كان أقلَّ من خمسة عشر ؛ لأن الغالب أن طهر المرأة يقع في آخر الشهر . وهذا هذيان عظيم . ويمكن ذلك بتلفيق في الكلام أحسن من هذا .

ثم هذا القائل زعم أن الشافعي فيما نقله المزني [عدّ]^(٢) الشهر الذي وقع الطلاق فيه ، وقدّر كأننا استهللنا هذا الهلال التفاتاً إلى الاستهلال الواقع قبل الطلاق ، ثم نحسبُ هذا وشهرين بعده ، فيقع الاستهلال بعد ذلك رابعاً ، وفي رواية الربيع لم يعتبره من طريق الشهر الذي وقع الطلاق فيه ، واعتبر شهرين بعد ذلك ، وعبر عن الاستهلال الثالث ؛ فالاختلاف إلى العبارة ، وللعبارتين وجهان سائغان .

وهذا يناظر اختلاف النص في ضبط مسافة السفر الطويل ، قال الشافعي في موضع : ثمانية وأربعون ميلاً ، وقال في موضع : ستة وأربعون ميلاً ، فحيث ذكر الثمانية عدّد الميلَ الذي هو المبدأ والميلَ الذي إليه الانتهاء / وحيث ذكر الستة ، لم ي ٢١٥ يعتبر ميلين : المبدأ والمنتهى ، واعتبر ما بينهما ، والأمر في ذلك قريب .

والذي تحصّل لنا فيه الاختلاف في أن البقية بعد وقوع الطلاق إن كانت أقلَّ من خمسة عشر ، فهل يقع الاعتداد به قرءاً ، وفيه ما قدمناه .

وقد نجز ما اختاره أئمة المذهب .

(١) زيادة على ضوء عبارة ابن أبي عصرون ، وبها يستقيم الكلام .

(٢) في الأصل : عند .

٩٧٧٧- وقد يدور في نفس الفقيه أنا إذا تناهينا في التغليظ على الناسية في عبادتها وتحريم الزوج عليها معظم عمرها ، فليس يليق بهذا التشديد أن نتساهل في أمر العدة ، حتى ننتهي إلى اعتبار الأهلة والأشهر ، وليست هي من اللائي يثن من المحيض ، ولا من اللائي لم يحضن ؟

ذكر صاحب التقريب أن من أصحابنا من [احتاط^(١)] في عدة الناسية على قول الاحتياط ، كما يحتاط في سائر أحكامها ، ثم سبيل الاحتياط والتغليظ أن يقدر جميع ما تراه دم استحاضة ، ويقدر كأن الحيضة قد تباعدت ، ثم القول في أن المرأة إذا تباعدت حيضتها إلى ماذا تردّ مذكور بين أيدينا ، فقد نقول : تصبر إلى سن اليأس في قول ، وقد نأمرها أن تتربص تسعة أشهر ، أو أربع سنين على ما سنذكر ذلك على أثر هذا .

وهذا الذي ذكره حسن منقاس :

٩٧٧٨- والذي يجب إنعام النظر [فيه^(٢)] طلب ما رغب الأصحاب عن هذا ، وذكر السبب الذي منعهم عن رعاية هذا الضرب من الاحتياط ، ولا يمكن حمل ما نطلبه على امتناعهم عن التناهي في التشديد ؛ فإنهم [شدّدوا^(٣)] من وجوه .

فالوجه أن الدم [إن^(٤)] تمادى إلى سن اليأس واستمر بعده ، فلاحتيطات المتعلقة بالحيض والطهر لا تنقطع^(٥) على قول الاحتياط ، وأقصى ما يفرض في العدة انتظار سن اليأس ، وهذا مضطرب مع اطراد الدم ، وما ذكره صاحب التقريب مع هذا قائم من وجهين : أحدهما - أنا قد نأمل انقطاع هذا على سن اليأس .

والوجه الأصح - ألا نبالي باستمرار الاحتياط في العدة ، والذي يحقق هذا أن

(١) في الأصل : احتياط .

(٢) في الأصل : منه .

(٣) في الأصل : سدّدوا .

(٤) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

(٥) « فلاحتيطات المتعلقة بالحيض والطهر لا تنقطع على قول الاحتياط » : أي لا تناهى في أفانينها وضروبها ، ولذا رغب الأصحاب عن قول الاحتياط .

مصيرها إلى سن اليأس في أقصى نساء العالم لا يغير الاحتياط ، وكان لا يبعد عندي أن يتمسك متمسك بهذا ؛ فإن سبب الاحتياط في الناسية أنا لا نجد متمسكاً . فالعلم عند الله .

وقد يجوز أن يقال : لو تمادت العدة على ما وصفنا ، لعظمت المؤنة في السكنى إن كانت بائة ، وهذا يدخل عليه تباعد الحيضة ، وكان يليق بتضييق الاحتياط ألا تستحق السكنى ؛ فإنها مخاطبة بما عليها ، وهذا لا بد من إجمالة الفكر فيه على الوجه الذي حكاه صاحب التقریب ، وفيه احتمال بين ، والعلم عند الله .

وقد ينقدح هذا الاحتمال إذا جرينا على ظاهر المذهب ، وقلنا : إنها تعتد بالأهلة .

[وإذا]^(١) قال قائل : لا يمتنع انقضاء عدتها بأقل من ذلك ، فلا تثبتوا لها حق السكنى على الزوج / إلا في أقل مدة يفرض انقضاء العدة [فيها]^(٢) .

٢١٥ ش

قلنا : هذا لا قائل به ، والأهلة في حق الناسية أصل معتبر في العدة ، يُرجع إليه [في]^(٣) جميع قضايا العدة ، وعلى هذا يثبت للزوج حق الرجعة في جميع الأهلة المعتبرة ؛ فإننا اعتقدنا هذا أصلاً غير مبني على الاحتياط ، والأهلة في حقها كالأهلة في حق الصغيرة والآيسة ، فهذا هو الذي رأينا ذكره من أحكام المستحاضات وما عداه مما اشتمل (سواد المختصر)^(٤) عليه كله مستقصى في كتاب الحيض .

٩٧٧٩- ثم ذكر التلفيق^(٥) وهو باب كبير من أبواب الحيض ، وحظ العدة منه لائح ، فإذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاءً ، وفرعنا على أنها في أيام النقاء طاهرة ، فلا

(١) في الأصل : إذا (بدون الواو) .

(٢) في الأصل : فيه .

(٣) في الأصل : من .

(٤) هنا جمع بين لفظ (السواد) و (المختصر) فأضاف السواد إلى المختصر ، ولعل هذا يرجح أن لفظ السواد معناه (المتن) أو (الأصل) ، فكأنه قال : متن المختصر ، أو صلب المختصر ، أو أصل المختصر . والله أعلم . وقد سبق أنه ورد مثل هذا ، وعلقنا عليه في موضعه .

(٥) ر . المختصر : ٧ / ٥ .

يقع الاكتفاء بعدد من نُوب النقاء ؛ فإن الطهر الواحد ينقطع على الحيض ، والحيض ينقطع على الطهر ، فإن انضبط لنا مقدار الحيض والطهر في تفاصيل المستحاضات ، فهي مردودة في العدة إلى ما يتقدر من ذلك ، وإن كانت ناسية ، فليس يتبين لحيضتها ولا لظهرها مقدارٌ ، وترد إلى أحكام [الناسية في عدتها] ^(١) ، ومثل هذا مما يُستأنى به في هذه المنازل .

فَصْلٌ

قال : « ولو تباعد حيضها ، فهي من أهل الحيض . . . إلى آخره » ^(٢) .

٩٧٨٠- الصغيرة عدتها بالأشهر ، فلو بلغت بالسن ولم تر دمًا ؛ فإنها تعتد بالأشهر أيضاً باتفاق العلماء وإن بلغت سنَّ إمكان الحيض وجاوزته ، فالتعويل في ذلك على نص القرآن قال الله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَسِّنُّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبَتْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ [الطلاق : ٤] وهذه من اللائي لم يحضن ، وليس في القرآن تعرض للبلوغ في الاعتداد بالأشهر .

ولو رأت الدم بعدما اعتدت بثلاثة أشهر ، فلا حكم لما رأت ، وقد جرى الحكم بانقضاء العدة ، وإذا كان هذا قولنا فيها ، فهو إذا رأت الدم بعد العدة قبل النكاح ، فما يُظن بها إذا اعتدت بالأشهر ، ونكحت ، ثم رأت الدم ؟ فلا حكم للدم ، وما قضينا به من انقضاء العدة لا ينقضه .

٩٧٨١- فأما التي حاضت ولو مرة ، ثم ارتفعت حيضتها ، فبماذا تعتد إذا طَلَّقت ، وإلامَ ترد ؟ لا يخلو ارتفاع الحيضة إما أن يكون لعلِّ معلومة ، وإما ألا يعرف له سبب وعلَّة ظاهرة ، فإن كان الارتفاع لعذرٍ من مرض ، أو رضاع ، أو داء بباطنها ، فإذا طلقت ، فلا بد من انتظار الحيض ؛ فإن ارتفاعه معلَّقٌ بسببٍ وعلَّة ، وهي مُرتَقِبَةٌ الزوال .

(١) في الأصل : « إلى أحكام الناسية في عدة الثانية » وهو كلام غير مستقيم .

(٢) ر . المختصر : ٧/٥ .

فإذا كنا نتوهم عَوْدَ الحيض بزوال العلة ، فلا وجه إلا انتظار ذلك ، فإن تمادى الانتظارُ حتى انتهت إلى سن اليأس ، فتعتد إذ ذاك بالأشهر ، وتندرج تحت قوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَلْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ ﴾ [الطلاق : ٤] الآية .

٩٧٨٢- وإن ارتفعت حيضتها/ من غير سبب وعلة ظاهرة ؛ فللشافعي ثلاثة أقاويل ٢١٦ ي في اعتدادها : قولان في القديم ، وقول في الجديد ونجمع الأقاويل : أولاً قولان : أحدهما - وهو المنصوص عليه في الجديد أنها تنتظر سن اليأس ، ثم تعتد إذا انتهت إليه بثلاثة أشهر .

والقول الثاني - أنها لا تنتظر سن اليأس ، وعلى هذا القول قولان منصوصان في القديم : أحدهما - أنها تتربص تسعة أشهر ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ثم تنكح ، وروي مثل ذلك عن عمر^(١) : « قضى به في التي ارتفعت حيضتها » ، وقلده الشافعي في القديم ، وكان يرى إذ ذاك تقليد أئمة الصحابة ، وقال في القديم في توجيه ذلك : أمير المؤمنين قضى به بين يدي المهاجرين والأنصار ، ولم ينكر عليه أحد ، وأشار أيضاً إلى أن الحمل في الغالب لا يمكث في البطن أكثر من تسعة أشهر ، فوقع الاكتفاء بذلك في الاستظهار .

والقول الثاني - أنها تتربص أربع سنين ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، وتنكح ؛ إذ الحمل قد يمكث في البطن أربع سنين ، فبلغنا أمد الاستظهار مبلغاً يفيدنا يقين البراءة ، ثم لا بد من العدة بعد ذلك تعبداً ، فتتربص ثلاثة أشهر .

ثم أنكر الشافعي في القديم على القولين الردَّ إلى سن اليأس لما فيه من المضرة العظيمة واستمرار الأئمة^(٢) في معظم العمر ، ثم إذا بلغت سن اليأس ، تقاعدت الرغبات عنها ، ويعظم الضرر على الزوج من مؤونة العدة .

(١) قضاء عمر في التي ارتفعت حيضتها ، رواه مالك في الموطأ (٥٨٢/٢ ح ٧٠) ، والشافعي (ترتيب المسند ٥٨/٢ ح ١٩٠) ، وعبد الرزاق في مصنفه (٣١٩/٦) ، والبيهقي في المعرفة (١٩٠/١١) .

(٢) الأئمة : مصدر آمت المرأة : أيماً وأيوماً وأئمة . إذا أقامت بلا زوج ، بكرأ كانت أو ثيباً (المعجم) .

والقول الثالث^(١) المنصوص عليه في الجديد - أنها تنتظر سنَّ اليأس ، واحتج بقوله تعالى : ﴿وَأَلَّتِي يَسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ [الطلاق : ٤] الآية . ثم قال : ليست هذه من اللائي يسِّن ، ولا من اللائي لم يحضن ، فلا بد فيها من انتظار الحيض ، فإن عاد ، فذاك ، وإن لم يعد ، اندرجت - إذا بلغت سن اليأس - تحت قوله : ﴿وَأَلَّتِي يَسِّنَ﴾ .

ثم استأنس بمذهب عبد الله بن مسعود فيما روي أن أبا الأحوص طلق امرأته وهي من ذوات الأقراء ، فارتفعت حيضتها ، قال عبد الله بن مسعود^(٢) : « أبقى الله الميراث بينكما ، لا تنقضي عدتها حتى تحيض أو تأيس » وطلق حَبَّانُ بْنُ مَنْقَذٍ امرأته ، وكانت من ذوات الأقراء ، وكانت تُرضع ولده ، فارتفع حيضتها تسعة عشر شهراً ، فمرض حَبَّانُ ، فخاف أن يموت ، فترثه ، فسأل ، فقال عثمان لعلي وزيد رضي الله عنهم : ما تريان فيهما ؟ فقالا : نرى أنها لو ماتت ورثها ولو مات ورثته ؛ فإنها ليست من القواعد اللائي يسِّن من المحيض ، ولا من اللائي لم يحضن ، قال علي : هي على عدة حيضها ، فرجع حَبَّانُ إلى الدار وانتزع الولد منها [ففقدت]^(٣) الرضاع ، وحاضت ، فلما مضى بها حيضتان مات حَبَّانُ فورثته^(٤) .

ش ٢١٦ فإن قيل : القصة في انقطاع / الحيضة لعل ، وإن كان كذلك ، فلا خلاف . قلنا : الحجة في قولهما وتعليقهما ، لا في حال المرأة ، وقد دل قولهما على أن المعتبر الحيض إذا لم تكن من اللائي لم يحضن .

ومعتمد هذا القول من جهة المعنى أن العدة مبنية على التعبد ، ولا يختلف الأمر فيها باستيقان براءة الرحم وعدم الاستيقان ، فلولا أن عدة الفراق في الحياة يختص وجوبها بالمسوسات ، لحسن إطلاق القول بأن العدة مبنية على التعبد المحض ، فإذا

(١) جعله (الثالث) هنا نظراً لحكاية قولي القديم قبله ، وإلا فقد عده الأول آنفاً .

(٢) أثر عبد الله بن مسعود رواه البيهقي في الكبرى (٤١٩ / ٧) والمعرفة (١٩١ / ١١) ، وسنده صحيح كما قاله الحافظ في تلخيصه (٤٦٩ / ٣ ح ١٨٠٦) .

(٣) غير مقروءة في الأصل : والتصويب من مختصر المزني .

(٤) فتوى علي وزيد في امرأة حبان بن منقذ ، رواها الشافعي في الأم (٢١٢ / ٥) ، والبيهقي في الكبرى (٤١٩ / ٧) والمعرفة (١٩٠ / ١١) . وانظر التلخيص : (٤٦٨ / ٢ ح ١٨٠٥) .

كان ذلك كذلك ، فلا وجه فيها إلا الاتباع ، وقد أوضحنا أن فحوى القرآن يقتضي في هذه الآية ألا يكتفى بالأشهر ، فإذا سلم من يخالف في ذلك انقطاع الحيض بعلّة ، فكل شابة ترتفع حيضتها لا ترتفع إلا بعلّة ؛ فإنها بخروجها عن [اعتدال]^(١) البنية تتقاعد^(٢) .

ولما لم يكن استئخار الحيض عن البلوغ معتبراً ، وكانت ملتحقة بالصبيّة ، لم يفرق بين أن يكون ذلك لعلّة ظاهرة وبين أن يكون لأمرٍ خافٍ ، تعويلاً على قوله تعالى : ﴿وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق : ٤] .

٩٧٨٣- هذا بيان الأقوال في الأصل ، ونحن نفرع عليها ، فنقول : إن رأينا أن نأمرها بالتربص تسعة أشهر والاعتداد بعدها بثلاثة أشهر ، فلو أنها رأت الدم في خلال مدة التربص بالأشهر التسعة ، فإنها تنتقل إلى الأقراء ؛ فإن هذه المدة ضربت لانتظار الحيض ، فإذا غاد ، فهو المقصود ، ثم إن استمرت الأقراء بها ، فذاك ، وإن انقطعت ، وارتفع الحيض ، فقد أجمع المفرعون على أنا نأمرها بأن تستفتح التربص تسعة أشهر أخرى ، ثم تعتد بعد هذه التسعة الأشهر بثلاثة أشهر ؛ وسبب ذلك أن الأشهر التسعة مقصودها طلب الحيض ؛ فإذا رأت الدم ، فهو الأصل ، فإذا ارتفع ، احتجنا بعده إلى طلب جديد ، وانتظار مبتدأ ، هذا إذا رأت الدم في أثناء التسعة الأشهر .

فأما إذا انقضت التسعة ، وشرعت في الاعتداد بالأشهر ، فمضى شهر مثلاً ، فرأت الدم ، ردت إلى الدم ، فإن استمرت الأقراء ، فذاك ، وإن ارتفع الحيض أطلق المفرعون إيجاب التربص على الابتداء تسعة أشهر ، لما بنينا عليه الكلام من أن الحيض مطلوب ، وسبيل طلبه وانتظاره في هذا القول ما ذكرناه .

وهذا ينتظم بسؤال وجواب عنه : فإن قيل كانت التسعة الأشهر لاستفادة غلبة الظن في براءة الرحم ؛ فإن الحمل لو كان ، لظهر في هذه المدة ، فإذا حاضت ، فالعود إلى

(١) في الأصل : « اعتداد » . وهو تصحيف يسير في شكله ، ولكنه عنانا كثيراً في فهم العبارة ، وتقليبها على وجوه عدة ، إلى أن ألهمنا الله سبحانه موضع هذا الخلل .

(٢) تتقاعد : أي عن الحيض .

التسعة الأشهر لا معنى له ؛ فإن الحيضة التي انقضت لم تخرم ظننا ببراءة الرحم ، بل أكدته ؟ قلنا : هذا لا سبيل إليه ؛ فإن العدة تجب مع القطع ببراءة الرحم ، كما ذكرناه ، فلا وجه للتعلق به ، وإنما اعتمد الشافعي رضي الله عنه لهذا القول قضاء عمر . فإن ذكر ذاكر معنى طلب [البراءة]^(١) فهو / ترجيح [لا يعتمد إلا على خياله]^(٢) والذي يحقق ذلك أن الحيض إذا طرأ ، ثم ارتفع ، فليس لارتفاعه منتهى نتخذه موقفاً ، ولا بد من الانتظار ، فلا وجه إلا التعلق بالمدة التي جرى القضاء بها .

ثم إذا تربصت بعد أن رأت الحيض في أشهر العدة تسعة أشهر ، فلم يعاود الدم ، فنأمرها بالبناء على ما كان مضى من العدة أم نأمرها باستئناف العدة بالأشهر ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - أنا نأمرها بالاستئناف ، كما أمرناها باستئناف عدة التربص ؛ فإن العدة قد تقطعت ، وطرأ عليها ما هو أولى بالاعتبار ؛ فالوجه الاستئناف .

والوجه الثاني - أنا نأمرها بالبناء على ما مضى ، والفرق بين العدة وبين مدة التربص أن المدة التي شرعت للانتظار والتربص تنقطع بطريان الحيض ، ويليق بهذا المنتهى افتتاح انتظار ، والعدة لم تثبت للانتظار .

والأوجه عندنا الأمر باستئناف العدة ؛ لأن العدة وقعت بعد مدة الانتظار ، وقد وقع الشهر قبل تمام الانتظار ، إلا أنها عادت إلى مدة التربص ، فالوجه أن [تقع العدة كلها]^(٣) بعد نجاز التربص .

التفريع : ٩٧٨٤- إن حكمنا بأنها تستأنف ، فلا كلام .

وإن حكمنا بأنها تبني ، فقد ذكر الشيخ أبو علي وجهين في كيفية البناء : أحدهما - وهو المشهور أنها تبني باعتبار حساب الشهور ، فإن كان مضى شهر ، تربصت شهرين تكملة الثلاثة الأشهر ، وإن كانت - قبل طريان الحيض - تربصت ثلاثة أشهر

(١) غير مقروءة بالأصل . والمثبت تقدير منا .

(٢) في الأصل : « لا يعتمد على خياله » والمثبت من عمل المحقق .

(٣) ما بين المعقفين مأخوذ من معنى كلام ابن أبي عصرون ، بل الأحرى بالفاظه نفسها ، وهو مكان عبارة الأصل المضطربة التي جاءت هكذا : « فالوجه أن يدفع كله العدة بعد نجاز التربص » .

إلا يوماً ، فتكتفي بالتربص يوماً واحداً ، هذا معنى البناء .

والوجه الثاني - أنا نعتد بما مضى قرءاً ، إن كانت رأت الدم مرة ، ثم نقول : إذا تباعد الحيض ، فعليها قرءان ، فإذا عدتهما ، أتت ببدل قرأين وهو شهران ، وعلى هذا لو رأت الدم في اليوم الأخير من الثلاثة الأشهر ، فإذا تباعد الحيض ، اعتدت بشهرين ، وكذلك لو رأت الحيض في اليوم الأول .

وهذا بعيد لا تعويل عليه ؛ فإن حاصله تحصيل العدة ملفقة من الأصل والبدل ، ونحن لا نرى التلفيق من أصول ، فكيف الظن بالتلفيق من أصل وبدل .

وبيانه أن من لزمته كفارة اليمين وكسا خمسة وأطعم خمسة ، لم يبرأ عن الكفارة ، والإطعام والكسوة أصلاً متعارضان .

وقد ذكرنا جاليتين في طريان^(١) الحيض : إحداهما - فيه إذا طرئ في التسعة الأشهر ، وهي مدة التربص ، والثانية إذا طرأ بعد الاشتغال بالعدة ، فأما إذا طرأ

(١) خطأ النووي - في التنقيح - هذا اللفظ (الطريان) قائلاً : « قوله : « الطريان » هكذا يتكرر في الوسيط ، وهو تصحيف صوابه (الطرآن) بالمد » ١ . هـ (ر . التنقيح في شرح الوسيط - الوسيط : ٤٤٢ / ١) .

ولجلالة الإمام النووي ومنزلته في الفقه واللغة والحديث كَرَرْتُ على الأجزاء التي كنت انتهيت من قراءتها وتدقيقها ، وتتبع الكلمة حيث وجدتها ، وغيرتها إلى (طرآن) . ولكن حائكاً ظل يحوك في الصدر ويلفتني بعنف إلى ما تجلّى من براعة إمام الحرمين اللغوية في كتابه البرهان وغيره ، فقلت لماذا الاستسلام للإمام النووي ؟ ولم لا يكون الصواب مع إمام الحرمين ؟

فأخذت أبحث في أمهات المعاجم ، فإذا بها تقول :
 طَرِي : جاء هذا الفعل مهموزاً : طرأ = طرؤاً وطرءاً . وجاء (واوياً) غير مهموز : طَرَا : طُرُوءاً وجاء بالياء وكسر الراء : طَرِي . وكلها تأتي بمعنى تجدد وجاء ، وهو المراد هنا (ر . لسان العرب : مادة : ط . ر . أ ، ط . ر . ي)

ووجدت الصغاني في كتابه (التكملة والذيل والصلة) يحكي عن ابن الأعرابي (باب الياء) قوله : « طَرِي يطري ، وطَرِي يطري : إذا مرّ ، وإذا أقبل ، وإذا تجدد » وبمثله في تهذيب اللغة . (ر . التكملة والذيل والصلة : ٤٦١ / ٧ ، وتهذيب اللغة : ٨ / ٤)
 فعدتُ كَرَّةً أتبع الكلمة حيث وردت لأردها إلى لغة الإمام (طريان) ، والله وحده يهدي إلى الصواب .

الحيض بعد انقضاء التربص والعدة ، فقد قال الأئمة إن رأت الدم بعدما نكحت ، فلا حكم للدم ، ولا تُتبع النكاح بالنقض ، وإن رأت الدم بعد الأشهر والحكم بانقضاء العدة قبل النكاح ، فهل نردها إلى اعتبار الدم ؟ المنصوصُ عليه أنها مردودة إلى الدم ، ش ٢١٧ فإنما مهمما^(١) حكما بانقضاء العدة على / الظاهر وأن الحيض قد انقطع انقطاعاً لا يعود ، فإذا عاد ، تبين أن ما قدرناه عدة لم يكن عدة .

وذكر الأصحاب قولاً آخر أن العدة قد انقضت ، ولا حكم لرؤية الدم بعد ذلك ، كما لو نكحت .

هذا هو الترتيب الذي ارتضاه المحققون ، وفيه شيء سنذكره من بعد .

وكل ما فرعناه على قولنا : إنها مأمورة بالتربص تسعة أشهر يجري على قولنا بأنها تربص أربع سنين ، حتى لو فرض عود الدم في أثناء السنين ، فالأمر باستفتاح السنين ابتداءً والقضاء بإبطال ما مضى على ما تقدم حرفاً حرفاً .

وقد يطرأ في فكر الفطن شيء في هذا المقام ، وهو أن التسعة الأشهر قد جرى بها قضاء عمر وليس في اعتبار أربع سنين قضاءً ولا فتوى ، [وإنما قاله]^(٢) الشافعي طلباً به للقطع ببراءة الرحم ، فإذا طرأ الحيض ، فأى معنى لإعادة السنين مرة أخرى ؟

وهذا غير سديد ، وإن كان مُخيلاً ؛ فإن اعتبار [أربع]^(٣) سنين لا يجوز حمله على طلب يقين البراءة ؛ إذ لو كان محمولاً على ذلك ، لما وجب اعتباره مع القطع ببراءة الرحم ، ولكنَّ نظرَ الشافعي يُحمل على تحويم على مسالك التشبيه ؛ إذ لو اتجه هذا السؤال في طلب اليقين ، لاتجه مثله في طلب غالب الظن بالبراءة بانقضاء تسعة أشهر ، فإذا نظمنا على ذلك القول [بالاستئناف]^(٤) ، فهو يجري على القول الآخر لا محالة .

٩٧٨٥- فأما التفريع على القول الجديد ، وهو أنها مردودة إلى سن اليأس ، فأول

(١) مهمما : بمعنى إذا .

(٢) في الأصل : فإنما قال .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) في الأصل : الاستئناف .

ما نذكره التردّد في سن اليأس ، وقد ذكر المعتبرون من أئمة المذهب قولين : أحدهما - أنا نردها إلى أقصى سن في اليأس لامرأة في دهرها ، فإننا إذا احتجنا إلى اعتبارها بغيرها ، فليس بعض النساء أولى من بعض ، وعلى هذا يستقيم طلب النهاية .

والقول الثاني - أنها تعتبر بأقصى سن في قرابتها وعشيرتها ، ولا يُخصّص بذلك جانب الأب عن جانب الأم ، بل نعتبرهما ، وليس هذا كمهر المثل ؛ فإننا نعتبر فيه النساء من جانب قرابة الأب ؛ إذ الركن الأول بالاعتبار في مهر المثل النسب ، وجانب الأب يختص بالنسب ، وإنما تأكد أمر النسب لمكان الكفاءة ، وعمادها الأظهر النسب .

وذكر بعض المصنفين وجهين آخرين سوى ما ذكرناه : أحدهما - أنا نعتبر أقصى امرأة في بلدتها .

والثاني - أنا نعتبر أقصى سن اليأس في نساء عصبته ، كمهر المثل ، وهذان الوجهان ضعيفان ، أما اعتبار البلدة ، فلعله مأخوذ من تأثير الهواء والبقاع والأصقاع في الخلق الكلية ، كما أنها تؤثر في قصر الأعمار وطولها ، وفي الألوان وغيرها ، ثم لعل المرعي في الصقع والناحية ولا يختص بالبلد ، ويُقرب [اعتباره] ^(١) ظهور اختلاف الأهوية والعلم عند الله فيه ، فلا نؤمن الفكر فيما لا أصل له .

وأما اعتبار نساء العصابات / فلا أصل له .

٢١٨ ي

وقد يُعترض على قولنا باعتبار أقصى نساء العالم إشكالاً ؛ من جهة أن ذلك لا يمكن ضبطه ، مع اتساع رُقعة الدنيا ، والممكن في الجواب عن ذلك [أنا لا يمكن أن نكلّف طَوْف العالم والفحص عن سكانه ، وإنما المراد ما يبلغ خبره ويعرف] ^(٢)

(١) في الأصل : اعتبار . والتصرف من المحقق .

(٢) ما بين المعقفين ، هو كلام إمام الحرمين كما نقله عنه الرافعي والنووي (ر . الشرح الكبير : ٤٤١ / ٩ ، والروضة : ٣٧٢ / ٨) .

وأما عبارة الأصل ، فقد كانت هكذا : « أن ما لم تكف في الصرود والجزوم أمكن القضاء به » . وهو - طبعاً - غير مستقيم ، ولعل التصوير أو عوامل البلى ذهبت ببعض أطراف الحروف ونقطتها ، مع احتمال كبير في السقط والتصحيف والتحريف ؛ فإن ما نقله الرافعي والنووي لا شبه له بما هو في نسخة الأصل . والله أعلم بما كان .

أمكن القضاء به على خِطّة الدنيا ، وليس الغرض إلا التعلق بمُدركٍ من الظن .

هذا قولنا في سن اليأس .

٩٧٨٦- فإن قيل : أيلق بمحاسن الشريعة حسب هذه وضربُ الأئمة عليها ما عُمّرت ؟ قلنا : الأصل المرعي في هذا أن ما يعمُّ الابتلاء به لا يبنى إلا على السهل السمح ، والأصول لا تنقض بالشاذ النادر ، وتباعدُ الحيض ليس مما يعم ، فإن تمسكنا فيه بطرد أصلٍ لم نُبعد ؛ سيّما وقد وجدنا في غير ما نحن فيه الوفاق إلى الرد إلى اليأس فيه إذا انقطع الحيض ، بعلة ظاهرة ، كيف [ولا] ^(١) ينقطع الحيض إلا لعلة ، وكما يرجى زوال العلة الظاهرة يرجى زوال العلة الخفية ، ولعل ما يخفى أقرب إلى الزوال ؛ إذ لو كان أمراً متفاقماً ، لظهر .

وهذا يناظر بناءنا القصاص على [الردع] ^(٢) ومصيرنا إلى أن السبب في وجوبه عصمة الدماء ، ولولا القصاص لأدى الأمر إلى الهرج ^(٣) .

ثم إذا قال القائل : من لا يمين ^(٤) له يقطع أيمان الناس ، ولا قصاص عليه ؟ قلنا : هذه صورة نادرة ، والأصول لا تنقض بالصور النادرة ، ومن الأصول أنه لا يقطع باليمين إلا اليمين ^(٥) .

٩٧٨٧- فإذا ردّدناها إلى سن اليأس ، كما ذكرنا ، فتعتد بثلاثة أشهر ، فلو رأت الدم ، رُدّت إلى الدم ، فإن ما تراه من بطنها على سن اليأس على ترتيب الحيض حيضٌ بلا خلاف ، وإن بلغت السنّ الأعلى - وليس كرؤية الدم على سن الصغر ، كما تفصل

(١) في الأصل : فلا .

(٢) في الأصل : « الرد » والمثبت تقديرٌ منا .

(٣) الهرج : شدة القتل وكثرته (المعجم) .

(٤) المعنى : أن من فقد يده اليمينى ، يتهجم على قطع أيمان الناس ، غير هيّاب ؛ إذ لا قصاص عليه ؛ إذ مبنى القصاص على المماثلة ، فلا يقطع باليمين إلا اليمين .

(٥) هنا يشبه الإمام عدم الاقتصاص ممن ذهب يمينه ، بحالة من يفرض عليها الانتظار إلى سن اليأس ، ووجه الشبه الخروج عن الأصل ، وعن المعنى المرعي والحكمة المرجوة ، وكلاهما بسبب الندرة ، فالنادر لا حكم له .

أقلُّ الأسنان في ذلك^(١) - [فتبين]^(٢) أنها ليست آيسة^(٣) ، فماذا تفعل ؟ فإن استمرت عليها الدماء^(٤) ، تخلت عن العدة ، وتخلصنا عن تفريع أمرها .

وإن تباعد الحيض^(٥) ، فما الطريق ؟ وإلى متى الانتظار ؟ لم أعثر في هذا المنتهى إلا على مسلكين أقربهما ما ذكره القاضي من أن الحيض بعد وقوعه إذا ارتفع ، احتسبنا من وقت ارتفاعه ثلاثة أشهر ، وقلنا : إنها خلت عن العدة ، ثم قد [يتغير]^(٦) هذا كما سنذكره ، إن شاء الله ، وإنما قلنا هذا ، لأننا لا نجد مردداً نستمسك به ، فليس إلا اعتبار صورة العدة ، وفي بعض التصانيف : أنا على هذا القول ننتظر الحيض تسعة أشهر : أغلب مدة الحمل ، وهذا - وإن كانت الحاجة ماسة إلى متعلق - لا أصل له ، ولست [أدري]^(٧) هل يُجري صاحبُ هذا القول الأربع سنين .

ثم قال القاضي : إذا شرعت في الاعتداد بالأشهر ، ورأت الدم ، وبطل ما كان مرّاً من الأشهر ، فتستأنف ثلاثة أشهر ، وجهاً واحداً ، وقد ذكرنا وجهين في التفريع على أنها لا ترد إلى سن اليأس ، بل تؤمر بأن تربص إلى تسعة أشهر ، أو أربع سنين ، فإذا حاضت في الاعتداد بالأشهر بعد التسعة أو بعد الأربع ، ثم رأت دمًا ، ثم تباعد ، ٢١٨ ش وأعادت مدة التربص ، كما أوجبناه ، فهل تبني على ما مضى من عدتها أم تستأنف ؟

فإذا كنا نُفرِّع على أنها مردودة إلى سن اليأس ، فإذا افتتحت الأشهر ، ورأت الدم ، ثم تباعد ، استفتحت الأشهر ولم تبْنِ وجهاً واحداً ، هكذا ذكره القاضي ، وفرّق بأننا على القولين القديمين لسنا نبغي قرباً من اليقين ، فضلاً عن اليقين ؛ فإننا نكتفي بتربصٍ

(١) المعنى : أن من بلغت سن اليأس ، ثم عادت ، فرأت الدم على أدوار ، فهو حيض بلا خلاف ، ولكن الصغيرة التي لم تبلغ سن الإدراك إذا رأت الدم لا يعد حيضاً ، وهذا هو الفرق الذي أثبتته الإمام .

(٢) في الأصل : يتبين .

(٣) أي بعودة الدم بعد بلوغها أقصى السن تبيناً أنها ليست آيسة .

(٤) أي استمرت عليها الدماء ثلاثة قروء ، فتنتهي عدتها ، وتنقطع قضيتها .

(٥) أي عاد الدم وانقطع .

(٦) في الأصل : تغيير .

(٧) زيادة اقتضاها السياق .

وأشهر بعده ، فإذا طرأ الحيض ، ثم تباعد ، لم يُبعد البناء على ما كان مضى من الأشهر .

والمعتمد على القول الجديد الرد إلى سن اليأس ، ووقوع الاعتداد بعده ، وإذا رأت الدّم ، ووقع الحكم بكونه حيضاً ، فقد تحققنا أن تربصها في تلك الأيام من الأشهر ، كان قبل سن اليأس ، فلتقع عدة بالأشهر بعد اليأس ، وهذا يوجب افتتاح العدة ، وبطلان المصير إلى البناء .

وهذا الفرق متجه حسن .

٩٧٨٨- ومما نفرعه على هذا القول ، أنا لو رددناها إلى السن الذي ظنناه سن اليأس ، واعتدت بثلاثة أشهر ، ثم رأت الدم قبل النكاح ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنا نحكم بأن ما تقدم منها ، لم يكن عدة ، فننظر إلى الحيض ، فإن استمر حتى انتظمت الأقراء ، فهو المراد ، وإن لم يستمر ، افتتحت الاعتداد مرة أخرى ؛ لأننا تبينا أن تلك الأشهر متقدمة على اليأس .

والقول الثاني - لا نحكم ببطلان العدة ؛ لأن الحكم نفذ بكونها عدة ، وسلطانها على الزوج ، تزوجت أم لم تتزوج ، فلا نتبع الحكم الذي تقدم بالنقض .
هذا إذا رأت الدم بعد الأشهر الثلاثة وقبل النكاح .

فأما إذا نكحت ، ثم رأت الدم ، ففي المسألة قولان مرتبان على القولين في الصورة الأولى ، والفرق أنها اتصلت بحق الغير لما نكحت ، فإن الزوج استحق في ظاهر الأمر منافع [بضعها]^(١) ، فقطع هذا الاستحقاق [بعيداً]^(٢) وإذا رأت الدم بعد الأشهر وقبل النكاح ، فلم يتعلق بها استحقاق الغير .

وإذا جمعنا المسألة الأولى إلى الثانية ، وقلنا : إذا انقضت الأشهر ، فرأت الدّم ، ففي المسألة أقوال : أحدها - أنا نبطل العدة تبيناً سواء نكحت أو لم تنكح ، ثم إذا أبطلنا العدة ، وقد نكحت ، فحكم بطلان العدة يقتضي لا محالة القضاء ببطلان النكاح .

(١) في الأصل : نصفها .

(٢) في الأصل : لعبد .

والقول الثالث^(١) - أن نفصل بين أن ترى الدم بعد النكاح وبين أن تراه قبله ، فإن رآته قبل النكاح ، تبيننا بطلان العدة ، وإن رآته بعد النكاح ، فلا أثر لما رأت ، فإن قالوا : كيف يتجه قول من يقول : العدة لا تبطل ، وقد بان أنها مضت قبل سن اليأس ؟

قلنا : هذا مبني على أنا لا نشترط استيقان اليأس ، بل نكتفي بظهوره ، وإذا ابتنى على ظهوره مضى المدة المرعية في العدة ، فلا يضر ما يطرأ من بعد ، وإن كنا نتحقق بما ظهر/ أن الأمر على خلاف ما ظنناه ، [وبنى]^(٢) الأصحاب هذا على قواعد تبنى^{٢١٩} ي على اشتراط أمور ، ثم إنها تظهر ، ثم يتبين الأمر على خلاف المظنون ، وهذا بمثابة قولنا : إن المعضوب الموسر إذا أحجَّ عن نفسه ، وكان به غضب يبعد زواله ، فإذا حج النائب ، ثم زال الغضب ، ففي وقوع الحج عن المستنيب قولان .

ومما يقرب من ذلك أن من رأى سواداً ، فظنه عدواً وصلى صلاة الخوف ، ثم تبين أن ما تخيله لم يكن عدواً ، ففي صحة الصلاة خلاف مشهور ، ويقرب من هذه الأصول أن بيع الرجل مال أبيه على ظن أنه حي ، ثم تبين أنه كان مات ، وانقلب المبيع ميراثاً للبائع ، وصادف معه حصول الملك ، فهذه القواعد متناظرة ، فالخلاف فيها آيل إلى أن الحكم فيها على قول بموجب الحقيقة ، ونحكم على قول آخر بموجب الظاهر ، وإذا أجرينا الحكم به ، لم ننقضه ، وإن كان الأمر بخلافه .

٩٧٨٩- ومن تمام الكلام في المسألة أنا ذكرنا في التفريع على قولي القديم أنها إذا تربصت كما أمرناها ، واعتدت بثلاثة أشهر ، فلو رأت الدم ، ففيه خلاف قدمناه ، ولو نكحت ، ثم رأت الدم ، فالذي ذهب إليه جماهير الأصحاب أن رؤية الدم بعد النكاح لا أثر له تفريعاً على قولي القديم ، وإنما الخلاف إذا رأت [الدم]^(٣) قبل النكاح [وبعد]^(٤) انقضاء الأشهر .

(١) هذا هو القول الثالث ، أما الثاني ، فهو مفهوم من المقام ، وهو قسيم الأول : أنا لا نبطل العدة نكحت أم لم تنكح .

(٢) في الأصل : وبين .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) في الأصل : وبعده .

والفرق بين القول الجديد والقديم في التفريع الذي أشرنا إليه أنا لم نَبْنِ قولِي القديم إلا على ظهور أمرٍ ، وهذا يتأكد بانقضاء العدة من غير دم ، ولسنا نعتد الغاية القصوى ، ولهذا لا نردها إلى سن اليأس ، فلم يَقَوْ إِذَا الْحَكْمُ بِإِبْطَالِ الْعِدَّةِ إِذَا رَأَتْ الدَّمَ قَبْلَ النِّكَاحِ ، فَإِنْ نَكَحَتْ وَاتَّصَلَ أَمْرُهَا بِثَالِثٍ ، بَعْدَ أَنْ نَلْتَفَتَ عَلَى الدَّمِ ، وَعَلَى قَوْلِ الْيَأْسِ إِذَا رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ النِّكَاحِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الْيَأْسَ لَمْ يَتَحَقَّقْ ، وَهَذَا يَتَضَمَّنُ الْحَكْمَ مِنْ طَرِيقِ التَّبَيَّنِ [بِإِبْطَالِ مَا] ^(١) مَضَى وَانْعَدَامِ مَا كُنَّا نَظُنُّ .

وفي بعض التصانيف ما يدل على إجراء خلاف إذا رأت الدّم بعد النكاح ، وإن وقع التفريع على قولِي التربص في العدة . وهذا فيه بُعْدٌ ، والله أعلم بالصواب .
وقد نجز القول في تباعد الحيض وما على المرأة فيه .

فَصْلٌ

قال : « ولو مات صبي لا يجامع مثله . . . إلى آخره » ^(٢) .

٩٧٩٠- إذا مات الصبي الذي لا يولد له ، فعدة امرأته بالأشهر والعشر ، ولو كانت حاملاً ، فوضعت الحمل قبل انقضاء مدة العدة ، لم تنقض العدة بوضع الحمل ، خلافاً لأبي حنيفة ^(٣) ، ولا فرق بين أن تكون حاملاً من الزنا وبين أن تكون حاملاً بولدٍ من وطء شبهة ، فإذا كان منتفياً قطعاً عن الزوج ، فلا تنقضي بوضعه عدته .

وهذا يفرض ويصور في حالة الحياة ، فإذا طلق الرجل زوجته ، فأنت بولدٍ نعلم قطعاً أنه ليس من الزوج ، فعدة الطلاق لا تنقضي به ، وقد / يفرض ارتفاع النكاح في حياة الزوج بفسخ ، والزوج صبي لا يتصور أن يولد له ، وأبو حنيفة ^(٤) يخالف في عدة الفراق في الحياة وفي عدة الممات .

(١) في الأصل : لإبطال لما مضى .

(٢) ر . المختصر : ٩/٥ .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٠٢/٢ مسألة ٩٠٨ ، المبسوط : ٥٢/٦ ، فتح القدير : ٣٢٣/٤ .

(٤) ر . المبسوط : ٥٢/٦ ، فتح القدير : ٣٢٣/٤ .

ولو كان نفى الزوج الحمل باللعان - على قولنا : الحمل يُنفى - ثم ولدت الملتعنة المنفِي ، فالذي رأيته مقطوعاً به أن العدة تنقضي بوضعها الولد المنفِي ؛ وذلك لأننا وإن حكمنا بانتفائه ، فلسنا نقطع بذلك ، فلا يبعد أن يكون الزوج كاذباً في النفي ، والقول فيما يتعلق بانقضاء العدة قولها ، وهي تدعي أن ولد اللعان ولد الملاعِن ، فإنه ظلم لَمَّا نفاه ، وهي مقبولة القول فيما يتعلق بأمر العدة .

هذا ما رأيت الأصحاب مطبقين عليه .

٩٧٩١- وقد يلتحق بهذا [الفصل] ^(١) مسألة نرسمها ، ونذكر شرحها بعد هذا في

فصل ، فنقول :

إذا قال الرجل لامرأته مهما ^(٢) ولدت ولداً ، فأنت طالق ، فإذا ولدت ولداً ولحقها الطلاق ، ثم أتت بعد ذلك بولد لستة أشهر فصاعداً ، فنعلم قطعاً أن الولد الثاني حصل العلوق [به] ^(٣) بعد البينونة ، فإذا وضعت الولد الثاني ، فهل نقول : تنقضي العدة بالولد الثاني ؟ هذا هو الذي نرى أن يقتصر فيه على الوعد والإحالة ، وهو قريب ، [سندكره] ^(٤) بعد هذا ، إن شاء الله تعالى .

٩٧٩٢- ثم ذكر الشافعي بعد هذا ^(٥) تفصيل القول في الخِصْي ، والمحبوب ، والممسوح إذا طلقوا ، فأنت نسوتهم بأولاد ، هل نحكم بانقضاء العدة ؟ وهذا أمر قد قدمنا أصله في كتاب اللعان ، والقول الجامع فيه أنا إن ألحقنا النسب ، فإذا وضعت المرأة حملاً ، انقضت العدة به ، فإن نفاه باللعان ، فلينتف ، [ولم] ^(٦) يتغير أمر انقضاء العدة بسبب اللعان .

(١) في الأصل : فصل .

(٢) مهما : بمعنى إذا .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) في الأصل : ما سندكره .

(٥) ر . المختصر : ٩/٥ .

(٦) في الأصل : (لم) بدون واو .

فإن لم يلحق النسب ببعض هؤلاء ، ولم نُخَوِّج إلى اللعان ، فإذا أتت المرأة بولد ، لم تنقض العدة .

ثم قال الشافعي : « وإذا أرادت الخروج ، كان له منعها . . . إلى آخره »^(١) .

٩٧٩٣- هذا فصلٌ أورده المزماني في غير موضعه ، ومضمونه طرفٌ من الكلام في سُكون المعتدة منزلَ النكاح ، والقول في هذا يأتي في بابٍ ، ولكننا نذكره هاهنا للجريان على ترتيب [السواد]^(٢) مما يليق به ، فنقول :

إذا كانت المرأة في العدة وكانت تستحق السكنى على زوجها ، فللزواج أن يُلزمها السكون مسكنَ النكاح ، ويمنعها أن تبرح إلى انقضاء العدة ، وكذلك إذا أوجبنا للمعتدة عدة الوفاة السكنى في تركة الزوج ، فالورثة يُلزمون المرأة سكونَ مسكنِ النكاح .

وإن حكمنا بأن السكنى لا تجب في عدة الوفاة ، فلو تبرع الورثة بإسكانها وتقريرها في مسكنِ النكاح ، أو ببذل المؤنة إذا لم يكن للنكاح مسكن ، فالذي ذكره القاضي وشيخي والأئمة : أنه يلزمها [ملازمة]^(٣) المسكن ، يعني مسكنِ النكاح ، فإن لم يكن للنكاح مسكن لهم أن يلزموها بأن تسكن مسكناً يعينونه .

ي ٢٢٠ وهذا قد يعترض فيه/ سؤال ، وهو أن قائلاً لو قال : إذا لم تملك المرأة مطالبة الزوج أو مطالبة الورثة ، فكيف يملك هؤلاء مطالبتها ، والإنصاف يقتضي التسوية بين الجانبين في حق الطلب ؟

ولكن [لا معول]^(٤) على هذا ؛ وذلك أن العدة واجبةٌ عليها وجوباً لا نجد إلى درائه سبيلاً ، وعليها لحق الله ورعاية حق الزوج أن تلزم مسكناً يقتضيه الشرع ، كما سيأتي تفصيل ذلك ؛ فإذا قطعنا المؤنة ، لم يبعد أن تتخير [الزوجة]^(٥) في الخروج ،

(١) ر . المختصر : ١٠/٥ .

(٢) في الأصل : السؤال . وتكرر أن (السواد) هو مختصر المزماني .

(٣) في الأصل : ما يلزمه .

(٤) في الأصل : لا معدل .

(٥) في الأصل : الزوج .

كما لو [أعسر]^(١) الزوج بالنفقة ، فللمرأة أن تخرج ، وإذا أدرّ الزوج النفقة ، حرم عليها الخروج ، ولزمها لزوم مسكن النكاح ، وشرح هذا يأتي في فصول السكنى ، إن شاء الله تعالى .

فصل في

قال : « ولو طلق مَنْ لا تحيض من صغير أو كبير . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٧٩٤- الصغيرة التي لا تحيض ، والآيسة التي تباعدت عن الحيض عدتهما بالأشهر ، فإن صادف الطلاق أول شهر ، وهذا إنما يفرض بتقدير وقوع الطلاق في آخر جزء من الشهر تنجيزاً أو تعليقاً ، والتعليق أقرب إلى التصوّر ، وذلك أن يقول لامرأته : أنت طالق مع آخر جزء من الشهر ، فإذا كان كذلك ، استقبلت الاعتداد بثلاثة من الأهلة ، نقصت الشهور أو كملت ، أو نقص بعضها وكمل البعض .

فإن وقع الطلاق أو السبب الموجب للفراق في أثناء الشهر ، فذلك الشهر يُحتسب بالأيام كاملةً ، وإن اتفق نقصان ذلك الشهر^(٣) .

ثم الذي صار إليه الأئمة المعتبرون : أنا نكمل الشهر الأول ثلاثين ، ونعتبر شهرين بالأهلة بعد بقية ذلك الشهر ، ثم نكمل الشهر الذي وقع الطلاق فيه بالأيام من هذا الواقع بعد الهالين .

وذهب بعض أصحابنا إلى أنه إذا انكسر ذلك الشهر من الأول ، واقتضى الحال تكميله ، فإننا نكمل الأشهر الثلاثة ثلاثين ، ولا نعتبر الأهلة أصلاً ، وهذا مذهب أبي حنيفة^(٤) ، وله متعلق معنوي لا بأس به ، وهو أن الشهر الأول إذا انكسر ، فإكماله يجب أن يكون متصلاً به ، فإذا أكملت الشهر الأول من الثاني ، انكسر الشهر الثاني ،

(١) في الأصل : اعتبر .

(٢) ر . المختصر : ١٠/٥ .

(٣) أي وإن صادف أن كان ذلك الشهر تسعة وعشرين يوماً ، فيكمل ثلاثين ما دام قد وقع الطلاق في أثناءه .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٨ ، مختصر اختلاف العلماء ٢/٣٨١ مسألة : ٨٨٥ .

فيجب إكماله ، وهكذا القول في الثالث ؛ فيلزم من مجموع ذلك إكمال الشهور .

وقيل : هذا مذهب [أبو]^(١) عبد الرحمن [أحمد]^(٢) ابن بنت الشافعي^(٣) .

والمذهب ما قدمناه .

ثم قال الأصحاب : إذا وقع الطلاق مع أول جزء من الشهر ، فالشهر منكسر ؛ فإن العدة تجب بعد وقوع الطلاق ، فلا بد من تصوير وقوع الطلاق في آخر جزء في الشهر .

٩٧٩٥- ثم الصغيرة إذا حاضت في أثناء الشهر ، انتقلت إلى اعتبار الحيض ، وهل تعتد بما مضى قرءاً ؟ فعلى قولين بناهما الأصحاب على أن القرء ماذا ؟ وزعموا : أنا إذا قلنا : القرء هو الانتقال إلى الحيض ، فقد حصل هذا المعنى ؛ فتعتد بما مضى ش ٢٢٠ قرءاً ، وإن قلنا القرء طهر / أو بقية طهر محتوش بحيضتين ، فلا تعتد بما مضى قرءاً . وهذا الكلام فيه اختلال ؛ فإن اختلاف القول في الاعتداد بما مضى قرءاً معروف ، وقول الانتقال كالمهجور الذي يُذكر استغراباً ، وهو في حكم المرجوع عنه .

فالوجه أن نقول في التوجيه : إن قلنا : لا يعتد بما مضى ، فالسبب فيه أنه لم يكن نقاءً بين دمين ، والقرء في اللسان عبارة عن الزمان الذي يُرخي الرحم الحيض فيه على مذهب ، أو عن الزمان الذي يجمع فيه الحيض ليرخي ، والوصفان جميعاً مفقودان في الأيام التي مضت على الصبية قبل أن^(٤) حاضت .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : « محمد » وقد سبق هذا من قبل ، ونبهنا عليه .

(٣) سوغ لنا الزيادة والتغيير في الكنية والاسم أن الإمام النووي قال : « ويقع في كتب أصحابنا اختلافٌ كثير جداً في اسم ابن بنت الشافعي وكنيته ، وأكثر ما يقع في كتب المذهب أن كنيته أبو عبد الرحمن وقال أبو حفص المطوعي في كتابه في شيوخ المذهب : إن كنيته أبو عبد الرحمن ، واسمه أحمد بن محمد . فخالف في كنيته والصحيح المعروف أبو محمد ، فاحفظ ما حققته لك من نسبه وكنيته » انتهى من تهذيب الأسماء واللغات (٢٩٦ / ٢) . هذا ، ولابن بنت الشافعي كنية أخرى لم يذكرها النووي ، وقد ذكرها العبادي في طبقاته وهي : أبو بكر . (ر . طبقات العبادي ٣٠ ، طبقات الإسنوي : ٧٨ / ١ ، طبقات ابن قاضي شهبة : ٧٥ / ١ ، ٧٦) .

(٤) دخلت « أن » المصدرية على الفعل الماضي ، وهو جائز سائغ ، وإن لم يكن شائعاً . قال تعالى : ﴿ لَوْلَا أَنْ مَنَّ اللَّهُ عَلَيْنَا ﴾ [القصص : ٨٢] .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأن قال : لا يرخي الرحمُ الحيضَ عن غير جمع ؛ فإذا حاضت ، ألحقنا ما تقدم على الحيض الأول بالقرء ؛ حتى لا يحبط ذلك الزمان من العدة ، وهذا أولى من الأخذ من الانتقال ؛ فإن صاحب الانتقال يشترط الانتقال من طهر إلى حيض ، [فلم تكن]^(١) هذه في طهر بين حيضين ، فلا بد من إلحاق ذلك الزمان بالطهر إذا التحق به ، فأى حاجة إلى التفريع على الانتقال .

والآيسة إذا حاضت في الأشهر [ثم انتقلت إلى الأقراء]^(٢) ، يجب القطع بأن ما مضى يعتد به قرءاً ؛ فإنه واقع بين الحيضين : الذي مضى في عمرها وبين الحيض الذي وقع ، وأكثر الطهر لا نهاية له .

ثم^(٣) تعرض الشافعي لأقل أسنان الحيض ، وهذا مما تقصيناها في مواضع ، ولا حاجة إلى إعادته .

فَصْلٌ

قال : « ولو طرحت ما يعلم أنه ولد . . . إلى آخره »^(٤) .

٩٧٩٦- المعتدة إذا ألفت جنيناً ميتاً ، غير منتفٍ عمن منه الاعتداد ، وبريء الرحم ، حكمنا بانقضاء العدة ، إذا كان قد بدأ التخليق ، وشككت الأعضاء ، ولو ألفت علقة ، فلا حكم لإلقائها - وإن زعمت القوابل أنها أصل الولد .

وإن ألفت لحماً ، وقالت القوابل : إنها لحمٌ ولدٍ ، فقد نص الشافعي على أن العدة تنقضي به ، ونص في أمهات الأولاد على أن الجارية لا تصير به أم ولد ، وقال في الجنايات : لا تجب الغرة بسببه .

(١) في الأصل : « فله تسكن هذه » بهذا الرسم تماماً . والمثبت تصرف من المحقق على ضوء صورة الكلمات ، ورعاية للسياق .

(٢) عبارة الأصل : إذا حاضت في الأشهر ثم حاضت انتقلت إلى الأقراء . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) ر . المختصر : ١٠/٥ .

(٤) ر . المختصر : ١١/٥ .

فاختلف أصحابنا : فمنهم من نقل الأجوبة في المسائل بعضها إلى بعض ، وأجرى في الكل قولين : أحدهما - أنه يتعلق به انقضاء العدة ، وثبت أمية الولد ، ويتعلق به الغرة ؛ تعويلاً على قول [القوابل]^(١) ، فإليه الرجوع مهما^(٢) أشكل شيء مما يختصصن بمعرفته .

والقول الثاني - أنه لا تثبت هذه الأحكام ؛ لأن الملقى ليس ولداً ، وإخبارهن عما سيكون لا تعويل عليه ، وهو بمثابة قولهن : العلقة الملقاة أصل الولد .

ومن أصحابنا من أقرّ النصوص قرارها ، وسلك طريق الفرق قائلاً بأن انقضاء العدة يتعلق ببراءة الرحم بسبب وضع الحمل ، والذي وضعته يسمى حملاً ، قال الله تعالى : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ / أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٤] والغرة بدل مولود ، وأمىة الولد ي ٢٢١ مربوط صريحاً بالولد ، واسم [الولد]^(٣) لا يطلق على اللحم الملقى ، ثم هذا القائل يقول : لا نلزم^(٤) العلقة في جانب العدة ؛ فإن التي ألقتها لا تسمى حملاً .

ثم ما ذكره الأصحاب من قول [القوابل]^(٥) في العلقة تكلف ؛ فإنهن لا يقطعن بذلك في دم قط ، بخلاف اللحم .

ومما ذكره الأئمة : القاضي والعراقيون : أنها إذا ألفت لحماً ، وزعمت القوابل أنه بدأ فيه التخطيط الخفي ، فهذا بمثابة التشكّل والتخلق في الأعضاء ، ولا يُنكر أن يعرفن [من]^(٦) ذلك ما لا ندركه حساً ، ومحل النصوص واضطراب الأصحاب فيه إذا قلن : لم يبدأ التخطيط الخفي والجلي ، ولكن الملقى لحمٌ ولدٌ ، هذا محل الكلام .

(١) في الأصل : قول القابل .

(٢) مهما : بمعنى (إذا) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) « لا نلزم العلقة » أي لا يُحتج علينا بأنه يلزمنا - على قولنا تنقضي العدة بإلقاء اللحم - أن نقول : بانقضائها بالعلقه ؛ فالعلقه لا تسمى حملاً .

(٥) في الأصل : قول القائل .

(٦) زيادة من المحقق .

فإذا قلن : لا ندري ما هو ، فلا خلاف أنه لا يتعلق به حكم [من] ^(١) الأحكام : لا انقضاء العدة ، ولا غيره .

٩٧٩٧- ولو ادعت المرأة أنها ألفت جنيناً ، فالذي أطلقه الأصحاب أنها مصدقة في ذلك ، ولو ادعت أنها ولدت ولداً ميتاً ، فهل يقبل قولها في انقضاء العدة ؟ فعلى وجهين ، نصّ عليهما الأئمة في الطرق : أحدهما - أنه يقبل منها ، كما يقبل قولها في الحيض وانقضاء العدة في الزمان الممكن ، والوجه الثاني - أنه لا يقبل منها ، فإن الولادة مما يمكن الإشهاد عليها ، والغالب أن المرأة إذا طُلِّقَتْ ، شهدتها القوابل ، فليس كونها مشهودةً مما يندر ، بخلاف إلقاء الجنين ؛ فإن ذلك يفجؤها ، فيصيرُ دعواها فيه بمثابة دعواها في الحيض .

هذا هو المسلك المشهور .

قال شيخنا أبو محمد : من أصحابنا من ألحق إلقاء الجنين بادعاء الولادة ؛ فإن المرأة إذا أَجْهَضَتْ ، لحقها من العسر قريبٌ [مما يلحق] ^(٢) الوالدة في أوان الولادة ، ثم نحن أحوج إلى أقوال القوابل في الجنين ، لنعلم أنه ولد أو لحمة منعقدة لفظتها الطبيعة .

وهذا الذي ذكره منقاس ، ولكنه غريب ^(٣) .

٩٧٩٨- ولو قال الزوج قد طلقك في زمان الحيض ، فتطولُ عدتك لذلك ، وقالت المرأة : طلقني في زمان الطهر ، فقد أطلق الأصحاب أقوالهم أن القول في ذلك قولُ المرأة ؛ فإنها أعرف بما كانت عليه حالة الطلاق ، من حيض أو طهر .

ثم ذكر الشافعي القولين في أن ما تراه الحامل من الدم في زمان الحمل على ترتيب أدوار الحيض حيضٌ أو دم فساد ، وهذا مما تقدم استقصاؤه في كتاب الحيض ،

(١) في الأصل : في .

(٢) في الأصل : ما يتلحق الوالدة .

(٣) غريب : أي في الحكاية ، بمعنى أنه لم يحكه الأصحاب . وهذا المعنى اصطلاح جرى عليه الإمام كثيراً ، وظهر معناه واضحاً من السياق .

والذي يتعلق بأحكام العدة فيه : أنا وإن حكمنا بأنه حيض ، فلا يتعلق بالأطهار المتخللة بين [تلك]^(١) الدماء انقضاء العدة ، ولا بد من وضع الحمل ، وقد ذكرنا في كتاب الطلاق ، تعليق السنة والبدعة بها ، وما ذكره الأصحاب من خلاف .

فَصْلٌ

قال : « ولا تنكح المرتابة . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٧٩٩- إذا انقضت العدة بالأقراء أو بغيرها ، فارتابت المرأة في نفسها ، وكانت ش ٢٢١ تجوز أنها حامل ، فاستشعرت من نفسها أمانة على ذلك ، فإن بلغت المبلغ الذي يقال فيه : إنها حامل ، وإن كان لا يُستَيَقَن الحمل في أصل الجبلة ، فليس لها أن تنكح .

وإن ارتابت ووجدت من نفسها علامة ، ولم تبلغ مبلغاً يقال فيها : إنها حامل ، فهذا محل الكلام ، وهو المعنى بما أطلقه الأصحاب من الارتباب ، وذلك بأن تجد ثقلاً في نفسها ، فينبغي أن تمتنع من النكاح إلى أن تزول الريبة .

فلو نكحت قبل زوال الريبة ، فالمنصوص عليه في المختصر أن النكاح موقوف ، وقال الشافعي : في موضع آخر : النكاح باطل .

واختلف أصحابنا : فمنهم من جعل المسألة على قولين ، ثم اختلفوا في أصل القولين : منهم من قال : أصله وقف العقود على ما نبين ، ومن صور هذا الأصل أن يبيع عبداً لأبيه على [تقدير]^(٣) حياته ، ثم تبين أنه كان ميتاً ، وكذلك لو كاتب عبداً كتابة فاسدة ، وحسبها صحيحة ، ثم باعه ، وتبين أن الكتابة كانت فاسدة ، ففي صحة البيع قولان .

فإذا ارتابت ونكحت ، فهذا [يؤخذ]^(٤) من الوقف عند هذا القائل .

(١) في الأصل : ذلك .

(٢) ر . المختصر : ١١ / ٥ .

(٣) في الأصل : « تعدي » وهو تصحيف واضح .

(٤) في الأصل : يوجد .

قال بعض أصحابنا : هذا البناء غير صحيح ؛ فإنه جرى ما هو انقضاء عدة في الظاهر ، ولم يظهر أمر مخالف له ، فلو كان مأخوذاً من الوقف ، لقليل هذا العقد يصح قولاً واحداً .

فالوجه أن نبنى القولين على أصل آخر ، وهو أن من شك في صلاته في عدد الركعات مثلاً ، فإنه يبنى على المستيقن ويتمادي في صلاته ، ولو شك بعد الفراغ من الصلاة : أصلي ثلاثاً أم أربعاً ؟ ففي المسألة قولان : أحدهما - أنه لا يلزمه الالتفات على شكه ، وقد انقضت الصلاة على حقها ، ثم من يلزم تتبع الشك بعد الفراغ ، فتفصيله مذكور في كتاب الصلاة .

ووجه تشبيه ما نحن فيه بذلك أنها لو ارتابت في أثناء العدة ؛ فإنها لا تنكح ، وإن انقضت صور الأطهار على ظاهر المذهب ، وكانت مؤاخذه بتلك الريبة كما يؤاخذ المصلي ، فإذا ارتابت بعد انقضاء ما به الاعتداد ، كانت كالمصلي يرتاب بعد التحلل عن الصلاة ظاهراً .

ثم ينشأ من اختلاف الأصحاب في مأخذ القولين ما نصفه ، فإن حكمنا بأن القولين مأخوذان من وقف العقود ، فلو طرأت الريبة في أثناء العدة ونكحت ، ثم تبين أنه لم يكن حمل ، فالمسألة تخرج على القولين ؛ فإن وقف العقود لا اختصاص له بصورة ، وإنما هو تردد ثم تبين .

وإن أخذنا القولين من شك المصلي ، فإننا نقول : لو طرأت الريبة في أثناء العدة ، ثم جرت العدة ونكحت على الريبة ، ثم تبينت براءة الرحم ، فلا نقضي بصحة النكاح . فانتظم مما ذكرناه أنها إذا ارتابت ونكحت ، وبأن أنها كانت حاملاً حالة النكاح ، فلا إشكال في فساده ، وإن بان أنها بريّة ، وقد تقدمت الريبة ، فثلاثة أقوال : أحدها - الفساد كيف فرض الأمر ، والثاني - الصحة . والثالث - الفصل بين أن ترتاب في العدة ، وبين أن ترتاب بعد انقضائها ، وكل ذلك طريقة .

ومن أصحابنا/ من قال : إذا تبين أنها كانت بريّة ، فالنكاح منعقد قولاً واحداً ، ٢٢٢ ي وليس ذلك من وقف العقود ، فإن النكاح مستند إلى عدة ظاهرة والريبة خُطرة ، فإذا بان

أنه لا أصل له^(١) ، فلا تعويل عليها ، وليس كذلك بيع الرجل مال أبيه على تقدير أنه في الأحياء ؛ فإنه ليس مبنياً على أصل ظاهر يُسلط على التصرف ، وهذه الطريقة حسنة فقيهة موافقة للنص الذي نقله المزني .

٩٨٠٠- ثم قال الشافعي : « ولو كانت حاملاً بولدين . . . إلى آخره »^(٢) .

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعية ، فولدت ولداً ، وكان الرحم مشتملاً على جنين آخر ، فلا شك أن العدة لا تنقضي ، وإنما نتبين أن الجنين حمل واحد إذا كان الزمان المتخلل بين وضعيهما أقل من ستة أشهر .

٩٨٠١- ثم قال الشافعي رضي الله عنه : لو خرج بعض الولد ، لم نحكم بانقضاء العدة إلى الانفصال ، ولذلك تصح الرجعة إذا انفصل بعض الولد ، وحكم ذلك حكم الجنين المجتنى في البطن الذي لم يظهر منه شيء .

ثم قال الأئمة : لو انفصل بعضه ، فصرخ واستهل ، وقتله قاتل ، والبعض منه في البطن ، فالواجب الغرة لاديه ، ولا يجب القصاص ، ولو أعتقه والحالة هذه عن كفارته ، لم يقع العتق عن الكفارة وإن [نوى]^(٣) صرفه إليها ، ولو باع الأم أو وهبها ، دخل الولد في البيع ، وهو على الجملة في جميع القضايا والأحكام ينزل منزلة الجنين الذي لم ينفصل منه شيء .

وقال بعض أصحابنا : إذا [صرخ]^(٤) واستهل ، فقد استيقناه ، فلو قتله قتلاً مُدَفَّفاً ، وبعضه متصل بالأم ، استوجب القصاص ، فإذا آل الأمر إلى المال ، التزم الدية بكمالها ، ويصير مستقلاً بنفسه في الإعتاق ، وكل ما لا نشبه لعدم الاستيقان في الوجود والحياة فهو مثبت .

وهذا وإن كان منقاساً - وقد عزي إلى القفال في بعض أجوبته - فهو ضعيف في الحكاية ، ما أراه ملتحقاً بالمذهب .

(١) عاد الضمير مذكراً على معنى (الشك) لا على لفظ (الرية) .

(٢) ر . المختصر : ١٢/٥ .

(٣) في الأصل : وإن يرى .

(٤) في الأصل : « خرج » .

ثم إن وقع التفريع على هذا الوجه الضعيف ، فالعدة لا تنقضي إلا بانفصال تمامه ، لا يجوز أن يكون في هذا تردد ، ثم يتعلق ببقائها في العدة تصحيح الرجعة ، وكل ما يتعلق ببقاء العدة .

فَصْلٌ

قال : « ولو أوقع الطلاق ، فلم يدر أقبل ولادها أو بعده ؟ ... إلى آخره »^(١) .

٩٨٠٢- مضمون الفصل ذكر اختلاف بين الرجل والمرأة إذا طلقها ، وولدت ، ثم فرض النزاع في التقدم والتأخر ، وهذا تفصله مسائل : منها أن يختلفا على الإطلاق من غير تنصيب على تاريخ واحد منهما ، فيقول الرجل : طلقت بعد الولادة فأنت معتدة ، ولي عليك الرجعة ، وهي تقول : لا بل طلقني قبل الولادة ، وانقضت عدتي بها .

قال الأصحاب : القول فيه [قول الرجل]^(٢) ؛ لأن الرجعة حق ، والأصل بقاءها ، والأصل أيضاً عدم الطلاق وعدم انقضاء العدة .

ولو اتفقا على وقت الولادة ، واختلفا في وقت الطلاق ، وذلك [أن اتفقا]^(٣) أنها ولدت يوم الجمعة ، واختلفا في الطلاق : فقال الرجل : طلقك يوم / السبت ، ٢٢٢ ش وقالت المرأة : لا ، بل يوم الخميس . قال الأصحاب : القول قوله أيضاً ؛ إذ الأصل عدم الطلاق ، وبقاء النكاح .

وإن اتفقا على وقت الطلاق ، وتنازعا في وقت الولادة ، فقال الرجل : ولدت يوم الخميس ، فلي عليك الرجعة ، وقالت المرأة : يوم السبت ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدم الولادة يوم الخميس ، والرجوع إليها فيما يتعلق بوقت انفصال الولد .

(١) ر . المختصر : ١٢/٥ .

(٢) ساقط من الأصل .

(٣) في الأصل : بقاء ، والمثبت تصرف وتقدير من المحقق .

ولو اتفقا على وقوع الطلاق والولادة واعترفا بالجهالة في التقدم والتأخر ، فقالا : لا ندري السابق منهما ، فعليها استقبال العدة ، والرجعة ثابتة ؛ فإن الأصل ثبوتها ، ولكن الورع ألا يرتجعها مخافة أن يكون قد فاتت بوضع الحمل .

ولكن هذا الإشكال المقترن به لا يسقط الرجعة ؛ فإن الأصل بقاء سلطان الزوج ، والارتجاع من بقاء النكاح .

وإن ادعت المرأة أنها ولدت بعد الطلاق ، والرجل يقول : أنا لا أعلم ؟ قلنا : قد ادعت المرأة أمراً جازماً ، فأجبها ، فإن لم يجب ، جعلناه مُنكراً ، ثم نعرض عليه اليمين ، فإن نكل ، حلفت هي واستحقت ما ادعت .

ولو قالت المرأة : أنا أجهل وقت السابق ، وأطالب الزوج أن يبين ، قال القفال : ليس [لها]^(١) ذلك ، والرجل لا يطالب ، فإنها ما أتت بدعوى صحيحة وقول جازم ، فلا يلزم الإجابة .

٩٨٠٣- ومما يجب الإحاطة به في سر المذهب أنا ذكرنا طرقاً مختلفة في تداعي الزوجين في انقضاء العدة ، ووقوع الرجعة ، وأتينا بذلك الفصل مستقصى ، وجمعنا بين طرق متناقضة ، ومذاهب متباينة .

والذي ذكرناه من التقسيم في هذه المسألة اتفق عليه الأصحاب في طرقهم ، ومساقه ما أوردنا ولا غير ، والسبب فيه أن الخلاف إذا آل إلى إنشاء الرجعة وانقضاء العدة ، فيتعارض في الحكم بتصديق المرأة وتصديق الرجل أمور دقيقة المدرك ، ويعترض أيضاً تنزيل الدعوى رجعة ، وعطف قول الزوجة انقضت عدتي على زمان منقضى ، وشيء من تلك المعاني لا يجري في هذه المسألة ، ولا يتأتى إيضاح ما ذكرناه إلا بإعادة تلك المسألة ، ومن تأمل تيك كما سقناها وتأمل هذه المسألة ، استبان الفرق بينهما .

(١) زيادة من المحقق .

فصل في

قال : « ولو طلقها ، فلم يحدث لها رجعة . . . إلى آخره »^(١) .

٩٨٠٤- البائنة إذا أتت بولد من يوم الفراق لأربع سنين أو أقل ، لحق الولد الزوج ، فإنها أتت به لزمان يحتمل أن يكون العلوق به من النكاح ، وتعتبر ابتداء مدة الحمل تقديراً يوم الطلاق .

ولو طلق امرأته طلقة رجعية ، فمن أي وقت نعتبر مدة أربع سنين في حقها ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنا نعتبر ابتداء الحمل من وقت انقضاء العدة ، نصّ على هذا في اجتماع العدّتين ، ونقله المزني في آخر الباب .

والقول/ الثاني - أن ابتداء مدة الحمل يحتسب من وقت الطلاق ، وإن كان رجعياً . ٢٢٣ ي

توجيه القولين : من قال ابتداء المدة يحتسب من انقضاء العدة ظاهراً ، احتج بأن الرجعية حكمها حكم الزوجات ، فينبغي أن يكون اعتبار أول المدة من وقت انقضاء الزوجية .

ومن نصّر القول الثاني ، احتج بأن الرجعية معتزلة عن زوجها ، والزوج معتزل عنها ، ولا يليق بها الاستفراش ، وهذا التوجيه كافٍ .

[وبنى]^(٢) بعضُ الأئمة القولين على أن الرجعية منكوحة أم لا ؟ وقد قدّمنا هذا في كتاب الرجعة ، وألحقنا بذلك أمثلةً وبيّنا ما يليق بهذا ، فلا نعيده .

فإن قلنا : يعتبر مضيُّ أربع سنين من يوم الفراق ، فحكمها حكم البائنة ، وإن قلنا : يعتبر من يوم انقضاء العدة ، فأَي ولدٍ أتت به يلحقه ، وإن مضت عشرون سنة وأكثر من يوم الفراق ، ما لم تقرّ بانقضاء العدة ؛ فإن العدة تتمادى على المذاهب الصحيحة إلى آماٍ طويلة بتباعد الحيض .

(١) ر . المختصر : ١٢/٥ .

(٢) في الأصل : وبين .

فإذا أقرت بانقضاء العدة ، ومضى من ذلك الوقت أربع سنين ، فلا لحوق بعد ذلك .

فمن أصحابنا من قال : إذا مضت من يوم الفراق أربع سنين وثلاثة أشهر ، حكمنا بزوال الفراش حتى لو أتت بولد بعد ذلك ، لم يلحق ؛ لأن الظاهر والغالب أن العدة تنقضي بثلاثة أشهر ، والحمل لا يمكث في البطن [أكثر من] ^(١) أربع سنين .

وهذا الإنسان تعاضمه ما ذكرنا من لحوق النسب بعد الطلاق إلى عشرين سنة ، فصاعداً ، ولا معنى للحيث عن القياس بمثل هذه الترهات .

٩٨٠٥- ثم نقل المزمي في الكتاب لفظة ملتبسة ، وذلك أنه قال : « إذا أتت البائنة بولد لأكثر من أربع سنين يكون منفيًا عنه باللعان » ثم قال : « وهذا غلط : لا يمكن كونه منه موجبٌ أن لا يحتاج إلى اللعان ، ولعل هذا غلط من غير الشافعي » ^(٢) . وهذا من كلام المزمي ، ثم استدل على أنه منفي عنه من غير لعان [بأن] ^(٣) الشافعي قال : « لو قال لامرأته : إذا ولدت ، فأنت طالق ، فولدت ولدين وبينهما ستة أشهر يلحقه الولد [الأول] ^(٤) وتنقضي عدته بالثاني ويكون منفيًا عنه بلا لعان » ^(٥) .

قال الأصحاب : ما ذكره المزمي صحيح في المعنى ، ولكن الغلط جاء من جهة النقل : إما منه وإما من غيره ، ثم التعليل الذي ذكره ليس بواضح ، ولفظه معقد .

(١) سقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ١٣/٥ .

(٣) في الأصل : فإن .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) هذا معنى كلام الشافعي الذي نقله المزمي ، وليس نصه .

ر . المختصر : ١٣/٥ ، وفيه : قال المزمي ، وقال الشافعي في موضع آخر : « لو قال لامرأته كلما ولدت ولداً فأنت طالق . فولدت ولدين ، طلقت بالأول ، وحلت للأزواج بالآخر ، ولم تلحق به الآخر ؛ لأن طلاقه وقع بولادتها ، ثم لم يحدث لها نكاحاً ولا رجعة ، ولم يقرب به ، فيلزمه إقراره ، فكان الولد منفيًا عنه بلا لعان ، وغير ممكن أن يكون في الظاهر منه » ا . هـ .

٩٨٠٦- وأما المسألة التي أوردها في الولدين ، فهي المسألة الموعودة^(١) في الفصل المشتمل على عدة امرأة الصبي :

وصورتها : أن تأتي بولد ، وقد كان قال الزوج : إذا ولدت ولداً ، فأنت طالق ثلاثاً ، فإذا ولدت ، طُلِّقت واستقبلت العدة ، فلو أتت بولدٍ لستة أشهر من وقت الولادة ، فلا شك أن العلق به جرى بعد الولادة ، وهو منفي بلا لعان ؛ فإن العلق به جرى بعد وقوع البينونة ، وهذا بمثابة ما لو أتت البائنة بولد لأكثر من أربع سنين بعد البينونة ، ثم نقضي بانقضاء عدتها بالولد/ الثاني مع كونه منفيًا .

وهل نُنزله منزلة الولد المنفي باللعان ، وقد ذكرنا أن المرأة إذا وضعت حملها المنفي باللعان ، فعدتها تنقضي مع انتفاء الولد .

وإنما نحكم بأن العدة لا تنقضي إذا كان الولد ولدَ زنا ، كذلك [إن]^(٢) كان العلق بالولد الثاني بعد الفراق ، فيحتمل أن الزوج وطئها بشبهة ، ولو فرض ذلك ، لتداخلت العدتان ، ولجرى الحكم بانقضاء العدة بوضع الحمل .

٩٨٠٧- حاصل ما ذكره الأصحاب في انقضاء العدة في هذه الصورة ثلاثة أوجهٍ أشار إليها القاضي وغيره : أحدها - أن العدة تنقضي كما ذكرناه في الولد المنفي باللعان .

والثاني - أنها لا تنقضي ؛ فإن العدة إنما تنقضي بولد يمكن تقدير العلق به في حالة النكاح ، والولد المنفي باللعان بهذه المثابة ، فليس انتفى بسبب [عدم]^(٣) الإمكان ، والإمكان غير زائل ، وهي مصدقة فيما يتعلق بالعدة إذا لم تدع أمراً خارجاً عن الإمكان .

والوجه الثالث - أنا ننظر : فإن لم تدع المرأة سبباً محترماً يفرض العلق منه بعد

(١) كان قد وعد بها الإمام في الفصل الذي أشار إليه .

(٢) في الأصل : وإن .

(٣) زيادة من المحقق .

الفراق ، فلا نحكم بانقضاء العدة ، وإن ادعت [أنه]^(١) وطئها بشبهة ، فإذا ذاك نحكم بانقضاء العدة ، وإن كان القول قول الزوج في نفيه ، ولا حاجة به إلى اللعان ، ويكفيه أن يحلف على نفي الوطء ، إذا ادعته ، وذلك لأن الزوج وإن نفى ما ادعته وحلف فيمينه لا تقطع إمكان صدقها ، ويكفيها في دعوى انقضاء العدة إمكان الصدق .

٩٨٠٨- ثم قال الشافعي : « لو ادعت المرأة أنه راجعها أو نكحها إن كانت بائة . . . إلى آخره »^(٢) .

إذا أتت البائة بولد لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق ، أو كانت رجعية ، فأتت بولد لأكثر من أربع سنين من يوم وقوع الطلاق ، والتفريع على قولنا أنا نعتبر المدة في الرجعية من وقت الطلاق أيضاً ، فإذا ادعت المرأة على المطلق أنه راجعها فآلم بها ، وحصل العلوق بعد الرجعة ، وادعت البائة أنه نكحها ووطئها والولد من الوطء الجاري في النكاح الجديد ، فالقول قول الزوج لا محالة ، في نفي ما تدعيه إن نفاه ، فإن حلف ، انتفى النسب ، وكفى ذلك ، وأغنى عن اللعان ، وإن نكل عن اليمين ، فهل يرد اليمين عليها ؟ لم يتعرض الشافعي لذلك بنفي ، ولا إثبات .

ولو زعمت المرأة أنها ولدت ، وكان النكاح قائماً ، فأنكر الزوج الولادة ، فالقول قوله ، فإن حلف ، فذاك ، وإن نكل عن اليمين ، قال الشافعي حلفت عند نكوله يمين الرد ، وقد ذكرنا تصرف الأصحاب في ذلك ، في كتاب اللعان ، فلا حاجة إلى إعادة ما سبق .

والذي نرى التنبيه [إليه]^(٣) هاهنا ، أن الأصح الرد لليمين عليها ؛ لأنها قيمة في نفقة الولد مُطالبةً بها ، كما قال المصطفى عليه السلام لهند : « خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف »^(٤)

(١) سقطت من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ١٤ / ٥ .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) حديث خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف ، متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها (البخاري : النفقات باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، ح ٥٣٦٤ . مسلم : الأقضية ، باب قضية هند ، ح ١٧١٤) .

فهي تستفيد إذا بالتسبب إلى إثبات الولادة دفع النفقة عن نفسها ، فالأصح أنها تحلف يمين الرد .

ثم لم يختلف الأصحاب/ في أنها تبتدىء الخصومة ويحلف الرجل ، وهذا محل ٢٢٤ ي سؤال الفطن !!

فإن قيل : إذا فرعتم على أن اليمين لا ترد عليها ، فكيف بنيتم تحليف الزوج على دعواها ؟ قلنا : قد ينتصب للدعوى ، وعرض اليمين ، وطلب التحليف مَنْ لا يحلف [كالوصي]^(١) في كثير من الخصومات المتعلقة بحقوق الطفل ، وكذلك الوكيل بالخصومة يطلب التحليف ولا يحلف ، وهذا من الأصول العظيمة في الدعاوى والبيانات ، وسيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالى .

ومهما^(٢) انتهى كلامٌ إلى استدعاء بيانٍ في طرفٍ وموضعٍ كشفه كتابٌ ، فالذي يقتضيه الترتيبُ التنبيهُ عليه والإحالة على الكتاب الموضوع له ، فيجتمع اجتناب التكرار والتنبيه لما يجب التنبه له .

فَضْلُكَ

قال : « ولو نكحت في العدة ، فأصيبت . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٨٠٩- المرأة إذا خلت عن العدة ونكحت نكاحاً مستجمعاً لشرائط الصحة في ظاهر الأمر ، وأتت بولد في الفراش الثاني ، نُظر : فإن أتت به لزمان لا يُحتمل أن يكون العلوق به في الفراش الثاني ، مثل أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح وإمكان الاستفراش ، وكان العلوق به ممكناً في النكاح الأول ، فالولد يلتحق بالزوج الأول ، ويتبين بطلان النكاح الثاني للعالم ، فإنه جرى والمنكوحة حامل بولد نسيب .

فإن أتت به لزمان لا يحتمل أن يكون العلوق به في الفراش الثاني ، وكان لا يحتمل العلوق به في الفراش الأول ، وذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر في النكاح الثاني ،

(١) في الأصل : « كالواطيء » .

(٢) « ومهما » : بمعنى (وإذا) .

(٣) ر . المختصر : ١٤ / ٥ .

ولأكثر من أربع سنين من البينونة عن الفراش الأول ، فالولد منتفٍ عن الزوجين ، ولا يُقضى فيه بأنه ولد زنا . ولكن لا أب له ، وطريق تحسين الظن حمل العلوق به على وطءٍ بشبهة .

وإن أتت به لزمان يحتمل أن يكون العلوق به في النكاح الثاني ، مثل أن تأتي به لسته أشهر من النكاح الثاني فصاعداً ، فالولد لا يلحق الأول وإن أمكن أن يكون العلوق به من النكاح الأول ، ولكن النكاح الثاني في حكم الناسخ للأول والقاطع لعلاقته واحتمالاته .

وسبب هذا أنا في إلحاق الولد بالثاني لسنا نعطل النسب ، فقد نظرنا للولد ، ولو قدرنا الإلحاق بالأول ، [لأبطلنا]^(١) النكاح الثاني ؛ فإننا على هذا التقدير نتبين أن النكاح الثاني عُقد وهي حامل ، والنكاح الذي جرى الحكم بانعقاده ظاهراً لا سبيل إلى الحكم ببطلانه بأمرٍ غير مستيقن ، فهذا هو الذي أوجب الإلحاق بالفراش الثاني ، وهذا يتأكد بترجيح الاستفراش الناجز على ما مضى وانقطع أثره وخبره .

ثم إذا بان أن الولد يلتحق بالفراش الثاني بالاحتمال ، وإن أمكن أن يكون من الفراش الأول ، فما الظن إذا أمكن أن يكون من الثاني ، ولم يمكن أن يكون من الأول ؟ ولا حاجة إلى ذكر مثل هذا إلا لمحاولة استيعاب الأقسام .

ش ٢٢٤ ٩٨١٠- وما ذكرناه كله فيه إذا خلت المرأة عن العدة في ظاهر/ الحال ، ونكحت نكاحاً يقضي الظاهر بصحته .

فأما إذا جرى نكاحٌ شبهة ، واتصل الوطاء به على ظن الحِلِّ من الجانبين ، وذلك بأن تنكح في بقية من العدة ظانّة أن العدة قد انقضت ، فإذا أتت بولدٍ من وقت افتراش الثاني إياها ، نُظر : فإن لم يحتمل أن يكون العلوق به من الثاني ، واحتمل أن يكون من الأول ، التحق بالأول ، وإن لم يحتمل أن يكون من الثاني ولا من الأول ، انتفى عنهما ، وإن احتمل أن يكون من الثاني واحتمل أن يكون من الأول أيضاً ، وذلك بأن تأتي به لسته أشهر من افتراش الثاني ، ولأربع سنين من الأول أو لدون أربع سنين ، فقد تردّد المولود بينهما ، وهذا من محالّ القيافة .

(١) في الأصل : لا لطلب النكاح الثاني .

والذي يليق بغرضنا الآن أن الولد لا يلتحق بالفراش الثاني لحوقه بالنكاح الصحيح ، والسبب فيه ما قدمناه من أن الإلحاق بالأول وقد جرى نكاح ظاهره الصحة ، يتضمن إفساد النكاح المحكوم بصحته ولا وجه لهذا ، ولا يتحقق مثل هذا في النكاح الفاسد .

ومن أسرار المسألة أنا ردّدنا في النكاح الفاسد ولداً بين النكاح الفاسد والنكاح الصحيح الماضي ، ولكن لما لم يؤد إلى إفساد نكاح المتقدم ، لم نبال بذلك .

والدليل عليه أن المنكوحة لو وطئت بشبهة في استمرار النكاح ، وفرض الإتيان بولد وتردد الاحتمال بين الواطيء بالشبهة وبين الزوج ؛ فإننا نرى الولد القائف ، وإذا انتهينا إلى باب القيافة في آخر الدعاوى ، أوضحنا في صدر الباب الصور التي تجري القيافة فيها .

فهذا منتهى المراد في ذلك ، وسياسة أحكام القيافة إلى منتهائها ستأتي ، إن شاء الله تعالى .

٩٨١١- ومما ذكره الأصحاب هاهنا أن المرأة إذا نكحت على الشبهة والفساد ، فمتى يثبت حكم الفراش الثاني ؟ ظاهر المذهب أنه يثبت بالوطء الأول ، وقال القفال الشاشي^(١) : يثبت حكم الفراش الثاني بالعقد ، وفائدة ذلك أنا من أي وقت نحتسب

(١) القفال الشاشي . هو محمد بن علي بن إسماعيل القفال الكبير ، فخر الإسلام ، أبو بكر ، تفقه بابن سريج ، أول من صنف في الجدل . وهو أكثر ذكراً في كتب التفسير ، والحديث ، والأصول ، والكلام والجدل ، مذكور في المذهب في موضع واحد ، وهذا أول موضع يذكر فيه في النهاية .

يتفق مع القفال الصغير في الكنية ؛ فكلاهما أبو بكر ، ويختلفان أو يتمايزان بأشياء منها : النسبة ، هذا شاشي ، وذاك مروزي ، ومنها اللقب فهذا الكبير وذاك الصغير ، بالإضافة إلى شهرة صاحبنا هذا بالتفسير والحديث والكلام والجدل ، وذاك بالفقه ، وحيثما يطلق القفال في كتب الخراسانيين فهم يعنون ذاك لا هذا . ولد ٢٩١هـ وتوفي ٣٦٥هـ . ثم هما غير صاحب التقريب ، فهو قفال ثالث .

(ر . تهذيب الأسماء واللغات : ٢٨٢ / ٢ ، ٢٨٣ ، والطبقات للسبكي : ٤٧٢ / ٣ ، ووفيات الأعيان : ٢٠٠ / ٤ ، ٢٠١) .

زمان الحمل ليتبين الاحتمال ، فعلى هذا الاختلاف [متى]^(١) ينقطع حكم الفراش الثاني الثابت على الفساد والشبهة ؟

اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : ينقطع أثر الفراش الفاسد بالتفريق وإليه النظر ، والقفال الشاشي يقول : ينقطع أثر الفراش الثاني من آخر وطأة جرت ، ولا يتوقف على التفريق : فمن [راعى]^(٢) الوطء في الأول ، اعتبر التفريق في الآخر ، والقفال راعى العقد في الأول ، والوطء في الآخر ، وذكر هذين الخلافين على الإرسال حسن لا بأس به .

فأما اعتبار العقد في الأول والوطء في الآخر ، فكلام مختلط [حكوا أن اعتبار الوطء في الأول والتفريق في الآخر يوجه بأن الوطء]^(٣) إذا أثبت حكمه في الافتراض ، لم يبعد أن يتمادى إلى التفريق ، ولهذا نظير سيأتي الشرح عليه في أثناء الكتاب .

وهو أن من طلق امرأته طلبة رجعية ، وكان يخالطها ولا يغشاها ، فهل تنقضي ي ٢٢٥ العدة مع صورة المخالطة ؟ / فيه كلام وتفصيل ، وكذلك لو فرض ذلك في البائنة على شبهة . فلا ينبغي أن نشتغل بذلك ؛ فإنه بين أيدينا .

٩٨١٢- ومما يتصل بهذا المنتهى أن من نكح امرأة نكاحاً فاسداً ، وأتت بولد من غير فرض تردد بين نكاحين ، فهل يلتحق الولد بمجرد النكاح مع تبين فساد من غير إقرار من الزوج بالوطء ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : لا بد من الإقرار بالوطء ؛ فإن الفاسد لا يكون فراشاً ما لم يمض افتراض على التحقيق .

ومنهم من قال : نفس النكاح والإمكان كاف ، وهذا يلتفت على الخلاف الذي ذكرناه من أن المنكوحة على الفساد متى صارت مفترشة ؟ وقد قدمنا الخلاف في ذلك .

(١) في الأصل : ومتى .

(٢) في الأصل : رأى عني .

(٣) عبارة الأصل مضطربة هكذا : « حكى من اعتبار الوطء في الأول والتفريق في الآخر لوجه لأن الوطء... إلخ » .

ويترتب عليه أيضاً أنه إذا أقر بالوطء - على قولنا : إنه يعتبر إقراره - فلو ادعى الاستبراء ، فالمذهب الأصح الذي يدل عليه النصوص أن دعوى الاستبراء لاغية ، ووجه دلالة النصوص قطع الشافعي قوله بجريان اللعان ، مع العلم بأن اللعان في النكاح الفاسد إنما يجرى للضرورة الداعية إلى نفي النسب المتعرض للثبوت ، وقد أوضحنا في كتاب اللعان [أن اللعان]^(١) حجة ضرورة ، وأبعد بعض أصحابنا ، فجعل النكاح الفاسد كملك اليمين في دعوى الاستبراء : تؤثر فيه ، وهذا بعيد عن قاعدة المذهب .

فَصْلٌ

قال : « فإن قيل : لم لم تنفوا الولد إذا أقرت بانقضاء العدة... إلى آخره »^(٢) .

٩٨١٣- إذا طلق الرجل امرأته وزعمت أنه مرّ بها الأقراء الثلاثة ، وادعت ذلك في زمان ممكن محتمل ، واقتضى الحال تصديقها ، والحكم بأنها خلت عن العدة وحلت للأزواج ، فلو أتت بولد لزمان يحتمل أن يكون العلوق به من النكاح : مثل أن تأتي به لأربع سنين فما دونها ، فالولد يلحق ، وإن جرى الحكم بتصديقها ، ونتبين أنها كانت ظنت انقضاء العدة ، وما كانت منقضية ، لهذا مذهبنا .

ونكتة المذهب أن الاحتمال في لحوق النسب كاليقين في وضع الشرع ، وصور الأقراء تراحمه ، وقد اتفق العلماء ، وشهدت المشاهدة على أن الحامل قد ترى الدم على ترتيب أدوار الحيض ، وإنما الخلاف في أنه هل يحكم بكون ما تراه حيضاً في أحكام العبادات ، وتحريم الوقاع ونحوه ، فإذا أتت بالولد لزمان الإمكان ، لحق وإن أفحمنا حيضاً وأقراء .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) ر . المختصر : ١٤ / ٥ . وعبارة المختصر تختلف لفظاً عن هذه ، فهي : « فإن قيل : فكيف لم ينف الولد إذا أقرت أمه بالعدة » .

وأبو حنيفة^(١) يقول : إذا صدقناها في انقضاء العدة ، واتصل ذلك بمجلس حاكم ، فإذا أتت بالولد لزمانٍ يمكن أن يكون العلوق به في النكاح ، لم يلحق .
وهذا في التحقيق قطع النسب ، وإبطال حق الولد منه بسبب إخبارها بأنها رأت دماً ، فإن خبرها عن انقضاء العدة يرجع إلى ما شاهدت من ذلك . والعلم عند الله عز وجل .

* * *

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٠٤ / ٢ مسألة ٩١١ .

باب

لا عدة على من لم يدخل بها

٩٨١٤- صَدَّرَ الشافعي رضي الله عنه الباب بقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ ﴾ / [الأحزاب : ٤٩] . وغرض الباب أن العدد المتعلقة ٢٢٥ ش بطرق الفراق في الحياة مشروطة بالمسييس ، والأصل فيه الآية التي ذكرناها .
ولو فرضت خلوة خلوة عن المسييس ، فالمذهب الظاهر أن المهر لا يتقرر بالخلوة العرية عن الدخول ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ، وفي المسألة قول يوافق مذهبه ، وقد ذكرنا القولين في كتاب الصداق ؛ فإن حكمنا أن المهر لا يتقرر بالخلوة ، فلا تجب العدة بها ، وإن حكمنا بأن الخلوة تُقرر المهر ، فالذي ذكره الأصحاب أنها توجب العدة .

وهذا فيه أدنى غموض ، وكنت أود أن نحمل تقرير المهر على التمكين ؛ فإن التمكين من المنافع تسليمٌ ، كما إذا ألقى المكري مفتاح الدار المكراة إلى المكثري ، وخلق بينه وبين الدار .

فأما العدة ، فكان لا يبعد في القياس ألا تجب وإن تقرر المهر ؛ فإن تقرير المهر مأخوذ من قياس في المعاوضة لا تؤخذ العدة من مثله ، ولكن^(٢) لعل الأصحاب رأوا العدة عليها من آثار التسليم وتقرير الملك ؛ فإن^(٣) التي تبين بالطلاق ليس النكاح مقرراً

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣٤٨ / ٢ ، مسألة : ٨٤٢ ، المبسوط : ١٤٨ / ٥ .

(٢) هنا يحاول الإمام أن يوجه قول الأصحاب الذين قالوا بتقرر المهر بالخلوة ، ورتبوا عليه إيجاب العدة ، وقد سبق أن قال في فصل عن الخلوة من كتاب الصداق قريباً مما قاله هنا ، من أنه كان يود أن يقتصر أثر الخلوة على تقرير المهر ، ولا يوجب العدة .

(٣) قوله : « فإن التي تبين بالطلاق . . . » هذا - فيما أقدر - عودٌ إلى الرد على الأصحاب وليس استمراراً لتوجيه قولهم بإيجاب العدة ، وكأنه يرى توجيه (التمكين) وتفسيره ، بأنه غير كامل ولا مستمر . والله أعلم . (هذا إذا لم يكن في العبارة خرم أو تصحيف) . وكل ذلك محتمل .

فيها ، فكما يتقرر العوض على الزوج يتقرر النكاح على الزوجة ، ومن أثر تقررهما ألا يثبت . هذا هو [الممكن]^(١) في توجيهه .

٩٨١٥- ثم إذا كان الطلاق رجعيًا ، فقد قال أبو حنيفة : لا تثبت الرجعة ، واختلف أصحابنا في ثبوتها : فمنهم من وافق أبا حنيفة ، وهذا يخرم الفقه الذي ذكرناه ، ولا ينقدح فيه وجه خالص عن الشوائب ، والأوجه إثبات الرجعة إن أثبتنا العدة .

ثم الممكن في توجيه نفي الرجعة أن العدة وإن ثبتت ، فالرجعة تستدعي كمالاً ، وليست المعتدة عن الخلوة على نعت الكمال في تربصها ، فكأنها على مرتبة بين المرتبتين ، فإذا أُحوج الفقيه إلى مثل هذا الكلام ، لم نُقم له وزناً ؛ فإن القول يتعارض فيه .

٩٨١٦- ثم فصل أبو حنيفة^(٢) بين الخلوة الصحيحة وبين الخلوة الفاسدة ، وقال : لو خلا بها وهما مُحَرَّمان أو أحدهما ، أو صائمان صوم فرض ، أو أحدهما ، لم يتقرر المهر ، ولم تجب العدة ، ولهم في صوم التطوع تردد .

قال أئمتنا : إذا فرعنا على القول الضعيف ورأينا الخلوة مقررةً ، لم نفصل بين الخلوة الفاسدة والخلوة الصحيحة ، ونقضي بتقرر المهر وثبوت العدة ، ولو اعتل معتل في التسوية بإمكان الوطء حساً ، اعترض عليه خلوة المجبوب ، والخلوة بالرتقاء ، فإن الجماع غير ممكن ، وقد قال أبو حنيفة : الخلوة تقرر مع هذه الموانع الطبيعية .

ولو روجعنا في ذلك ، فالوجه عندنا الحكم بالتقرير مع هذه الموانع ؛ فإن المصير إلى أن النكاح لا يتصور فيه تقرير فيه بُعدٌ ، والذي يجري نهاية الأمر .

وفي القلب من الموانع الطبيعية كلام ؛ فإن الإمكان مقترن بالصوم والإحرام ، ولا إمكان مع الجب والرتق ، ولو فصل فاصل بين الجب والرتق ، صائراً إلى أن تمكين المجبوب يردّ العجز إليه ، وهي في نفسها فعلت ما هو تمكين / على أقصى الإمكان ، ويجوز أن يقال : الرتقاء عاجزة عن التمكين ، فقد جاء من جهتها العجز عن

(١) في الأصل : « التمكين » .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٢٠٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣٤٨ / ٢ . مسألة ٨٤٢ .

الوفاء بالتمكين ، ويعترض على ذلك أنها تستحق النفقة ، وإن لم يكن الوقاع ممكناً ، على ما سيأتي شرح ذلك ، والمريضة التي يرجى زوالها من مرضها قد لا تستحق النفقة ، وإنما أُتينا من جهة التفريع على قول لا أصل له .

ومعتمد مذهب الشافعي صحة الأصول ، والأصول الصحيحة لا تُفضي إلى مثل هذا الخبط .

٩٨١٧- ثم ذكر الشافعي أن الزوج والزوجة إذا اختلفا في الإصابة ، فالقول قول مَنْ ينفيها إلا في مسائل ، منها : الاختلاف في جريان الإصابة في مدة العُنة ، فإذا ادعاها الزوج وأنكرت المرأة ، فالقول قول الزوج ، وكذلك لو فرض مثل هذا في الإيلاء . فإذا ادعت المرأة على الزوج الإصابة تبغي بذلك تقرر المهر ، فأنكر الزوج الإصابة ، فالقول قوله .

فإذا طلقها ، وجرى التنازع على هذا النسق ، وصدقنا الزوج مع يمينه ، فلو أتت بولدٍ لزمان يحتمل أن يكون العلوق به من النكاح ، فالنسب ملحق ، فلا ينفيه ما تقدم من حلف الزوج على نفي الإصابة ، وهذا بين .

قال الشافعي : إذا ألحقنا النسب أشعر بجريان إصابة في صلب النكاح ، فنعود ونقول : القول قول المرأة في ادعاء الإصابة ، فتحلف ، ويتقرر مهرها .

قال الربيع : « وجب ألا يتقرر المهر ؛ لأن كلا الدعويين محتمل ، فينبغي أن يُصدق الزوج فيما يتعلق بنفي التقرير ، ويُقضى بلحوق النسب ؛ لأنه يلحق بإمكان وإن بعد » ، ولا بأس بما ذكره .

وهذا شَبَّ بعضُ الأصحاب بموافقة ، والمذهب ما نص عليه الشافعي ، ووجهه أن القول في الدعاوى قول مَنْ الظاهر معه ، وإذا كنا نحلف صاحب اليد - مع انقسام الأيدي - للظاهر ، فلحوق الولد يُظهر دعوى الإصابة .

باب العدة من الموت والطلاق والزواج غائب

٩٨١٨- مضمون الباب مسألة واحدة هي أن المرأة إذا طلقها زوجها في الغيبة ، أو مات عنها ، ثم لم تعلم بموته أو طلاقه حتى انقضى زمان العدة ، فإذا بلغها الخبر ، فهي خلية من العدة ، ولا يضرّ عدم علمها بكونها في العدة .
وعن علي رضي الله عنه : أنها تبتدىء العدة من وقت ما أحاطت علماً بطلاقه ، أو وفاته ، لا يعتد بما مضى . وهذا مذهب مهجور لا معول [عليه]^(١) .

* * *

(١) زيادة اقتضاها السياق .

باب عدة الإماء

قال الشافعي رضي الله عنه : « فرق الله تعالى بين الأحرار والعبيد . . . إلى آخره »^(١) .

٩٨١٩- الأحكام على ثلاثة أقسام : منها ما يستوي فيها العبيد والأحرار ، والإماء والحرائر ، كوظائف الصلوات ، وأصل الإسلام ، والصيام ، وكثير من العقوبات ، كالقصاص ، وقطع السرقة ، والعدة بوضع الحمل .
ومنها ما لا مدخل للعبيد فيه كالولايات ، والشهادات ، والمواريث ، وافتراض الجمعة ، وحجة الإسلام .

/ ومنها ما يشترك الأحرار والعبيد في أصله ويختلفان في الكيفية ، فيلحق العبيد ٢٢٦ ش والإماء فيه نقص ، وهذا فيما ذكره المرتبون قسمان : منه ما يكون العبد فيه على النصف من الحر وكذلك الأمة تكون على النصف من الحرة ، وذلك كالحد بالجلد ، والقسم في النكاح .

ومنها ما تكون الأمة فيه على الثلثين كالأقراء والطلاق ، وقد قيل : هذا أصله اعتبار النصف ، ولكن لما لم يقبل القد والتنصيف ، وكذلك الطلاق ، كمّلنا نصف طليقة طليقة ، ونصف قرء قرءاً ، وقال داود تعتد بثلاثة أقراء ، وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تعتد الأمة بحيضتين »^(٢) وإنما ذكر الحيض لدلالته

(١) ر . المختصر : ١٨/٥ .

(٢) حديث تعتد الأمة بحيضتين : رواه ابن ماجه ، والدارقطني ، والبيهقي من حديث ابن عمر مرفوعاً . وقد روي موقوفاً أيضاً ، رواه مالك في الموطأ ، والدارقطني ، والبيهقي وصححه موقوفاً . (ر . ابن ماجه : الطلاق ، باب في طلاق الأمة وعدتها ، ح ٢٠٧٩ ، الدارقطني : ٣٨/٢ ، البيهقي في الكبرى : ٣٦٩/٧ ، الموطأ : ٥٧٤/٢ ، إرواء الغليل : ١٥٠/٧ ، ٢٠١ ، وقد رجحه موقوفاً وضعف المرفوع) .

على الطهر ، هذا إذا كانت الأمة من ذوات الأقرء .

فإن كانت من ذوات الشهور ففي المسألة قولان مشهوران : أحدهما - أنها تغتد بشهر ونصف ؛ لأن الشهر مما يتجزأ ويتبعض وإن كان القرء لا يتبعض ، فينبغي أن تكون الأمة على الشطر من الحرة ، كما أنها في عدة الوفاة على الشطر ، منها تربص شهرين وخمسة أيام .

والقول الثاني - أنها تعتد بشهرين ؛ فإن كل شهر في مقابلة قرء ، وقد تأصل فيها قرءان ، وروي عن عمر أنه قال : « يطلّق العبد تطليقتين ، وتعتد الأمة بحيضتين ، وإن لم تحض ، فشهران أو شهر ونصف »^(١) ومنهم من جعل هذا شكاً من الراوي ، ومنهم من جعله ترديد قول من عمر ، وهذا ظاهر الرواية ، وهو شاهدٌ بين في أن ترديد القول ليس بدعاً^(٢) .

وفي المسألة قول ثالث - أنها إذا عدت الحيض ، تربصت ثلاثة أشهر ، وقد قيل : أقلّ زمان يدل على براءة الرحم ثلاثة أشهر ، وما يرجع إلى الجبلة لا يختلف بالرق والحرية ، وإنما خرج هذا القول الثالث من الاستبراء ، قال الشافعي : أم الولد إذا لم تكن من ذوات الحيض فعتقت ، فبماذا تستبرئ ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنها تستبرئ بشهر واحد ؛ فإنها لو كانت من ذوات الحيض ، لاستبرأت بقرء واحد ، فإذا كانت من ذوات الشهور ، أقمنا شهراً مقام قرء .

والقول الثاني - أنها تستبرئ بثلاثة أشهر ؛ لأنه أقل زمان يدل على براءة الرحم ، وخرج هذا في المطلقة الأمة إذا كانت من ذوات الشهور .

(١) أثر عمر رواه الشافعي (ترتيب المسند ٥٧/٢ رقم ١٨٧ ، وعبد الرزاق في مصنفه (١٢٨٧٢ وما بعده) ورواه البيهقي من طريق الشافعي بسند متصل صحيح إليه ، كما قاله الحافظ (ر . السنن الكبرى : ٤٢٥/٧ ، ٤٢٦ ، تلخيص الحبير : ٤٦٨/٢ ح ١٠٨٣) .

(٢) لا ينسئ إمام الحرمين (شافعيته) فهو هنا يأخذ من ترديد عمر الحكم دليلاً على أن ترديد الشافعي أكثر من قول في حكم واحد ليس شيئاً بدعاً يعاب به الشافعي ، كما يقول خصوم مذهبه . كيف وقد سبقه إلى ترديد القول عمر رضي الله عنه ، وهو من هو فقهاً وفهماً .

فَصْلٌ

قال : « ولو عتقت الأمة قبل مضي العدة . . . إلى آخره »^(١) .

٩٨٢٠- الأمة إذا فارقت زوجها ، وشرعت في العدة ، ثم عتقت في أثناءها ، نُظر : فإن كانت بائة ، فعتقت في خلال العدة ، نص في القديم على أنها تقتصر على عدة الإماء ، ونص في الجديد على قولين في البائة .

وإن كانت رجعيةً ، فعتقت في أثناء العدة ، المنصوص عليه في الجديد القطع بأنها تُكمل عدة الحرائر ، وفي القديم قولان ، والقديم يميل إلى الاقتصار على عدة الإماء ، والجديد [مِثْلُهُ]^(٢) إلى الإكمال ، والرجعية أولى بالإكمال من / البائة ، والبائة أولى ٢٢٧ ي بالاقتصار من الرجعية .

فينتظم من الجديد والقديم ثلاثة أقوال : أحدها - الاقتصار على عدة الإماء ، رجعية كانت ، أو بائة .

والثاني - الإكمال ، رجعية كانت أو بائة .

والثالث - أنها إن كانت رجعية ، أكملت عدة الحرائر ، وإن كانت بائة ، اقتصرت على عدة الإماء .

توجيه الأقوال : إن قلنا بالإكمال ، وهو اختيار المزني ، فوجهه أن المغير للعدة طراً على العدة فأشبهه ما لو طراً الحيض على الأشهر ، وأيضاً في العدة مشابهة العبادات ، والعبرة فيها بحالة الأداء .

ومن قال بالقول الثاني - احتج بضرب من التشبيه ، فقال : ذو عدد محصور يختلف بالرق والحرية ، فالعبرة فيه بحالة الوجوب كالحد .

ومن فصل بين الرجعية والبائة ، قال : الرجعية في حكم الزوجات ، والدليل عليه أنها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة ، فلا يبعد أن يلحقها موجب المغير الذي

(١) ر . المختصر : ١٩/٥ .

(٢) في الأصل : « تحيل له » .

طراً ، والبائنة لا تنتقل من عدتها إلى عدة الوفاة ، فلا يبعد أن تلزم العدة التي حاضت فيها ، ولا تنتقل عنها ، ثم أطنب المزني في توجيه ما اختاره ، وليس في نقل كلامه مزيدٌ مذهبي .

فَصْلُهُ

قال : « ولو أحدث لها رجعة . . . إلى آخره »^(١) .

٩٨٢١- إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعيّاً ، ثم راجعها مرة أخرى ، فإن وطئها بعد المراجعة ، لم يخف أنها تستأنف عدةً إذا طلقت .

وإن راجعها ولم يطأها ، وعاد وطلقها ، فهل يجب عليها عدةٌ مستأنفة بعد الطلاق أم تبني على ما كان بقي من عدتها قبل المراجعة ؟ في المسألة قولان مشهوران .

ولو خالغ امرأته ، ثم جدد عليها النكاح في أثناء العدة ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلا خلاف أنها تبني على بقية العدة ، ولا [يلزمها]^(٢) عدةٌ مستأنفة ، وإذا أصدقها صداقاً جديداً في النكاح الثاني ، ثم طلقها قبل الدخول ، فليس لها إلا نصفُ المهر الجديد .

وقال أبو حنيفة^(٣) : لها تمام مهرها في النكاح الثاني ، وهي تستأنف عدةً كاملةً ، والمسألة مذكورة في الخلاف .

فإن قيل : ما الفرق بين الرجعية تُرتَجَعُ ثم تُطَلَّقُ ، وبين المختلعة ؟ قلنا : الرجعية بالرجعة مردودة إلى أصل النكاح ، وقد سبق في أصل النكاح وطء وانقطعت العدة بالرجعة ، ويجوز أن يقال : إذا طلقها تستأنف عدة ؛ فإنها مطلقة عن نكاح جرى فيه مسيس .

وأما المختلعة إذا نكحها ، فهذا نكاحٌ [جديد]^(٤) ، وهو عريٌّ عن المسيس ، فإذا

(١) ر . السابق نفسه . وفي الأصل : حدث . والتصويب من المختصر .

(٢) في الأصل : يلزمه .

(٣) ر . فتح القدير : ١٥٦/٤ .

(٤) زيادة من المحقق .

طلقها ، لم يقتض الطلاق عدةً مبتدأة . فإن قيل : فأنزلوها [منزلة الرجعية]^(١) تنكح ؛ فإن العدة الأولى انقطعت بالنكاح الجديد^(٢) .

قلنا : هذا قياس لا ينكر ، ولكن فيه أمر لا سبيل إلى التزامه واقتحامه ، وهو أنه لو وطئها في النكاح [الأول]^(٣) ، ثم طلقها ، فلا بد من الاستبراء بالعدة ، فلو نكحها على مكانتها ، ثم طلقها ، فلو نكحت ، لكانت مشغولة الرحم بالوطء الجاري في النكاح الأول .

ثم لو قال قائل : فاکتفوا باستبرائها/ بحیضة . قلنا : الأصول لا تغیر لأحد ٢٢٧ ش المسائل ، وقد وضع الشرع استبراء المطلقات بثلاثة أقراء ، فلا حظ من هذا المنتهى بعود المختلعة إذا طلقت إلى بقية العدة ، لما ذكرناه .

٩٨٢٢- ثم إن الشافعي ذكر القولين « في أن الرجعية إذا طلقت من غير مسيس بين الرجعة والطلاق الثاني ، فهل تستأنف عدة أو تبني ؟

ثم قال : من قال تستأنف ، لزمه أن يقول : لو لم يرتجعها ، وطلقها في العدة تستأنف عدة جديدة ، فلا يكتفى ببقية العدة » .

فاختلف أصحابنا في هذا اللفظ : فمنهم من جعله احتجاجاً ، ومنهم من جعله تفریعاً ، وبيان ذلك أن من يجري في الاحتجاج لمذهب قد يذكر شيئاً - لا يجوز أن يُعتقد - إلزاماً ، فقول الشافعي محمول على هذا المحمل .

ومن حمل هذا على التفریع - وقوله أظهر - قال : لا يليق بالشافعي : الاحتجاج بهذا مع وضوح الفرق ؛ فإن الرجعية إذا ارتجعها زوجها ، انقطعت العدة بالرجعة ، وعادت منكوحة كما كانت من قبل ، فاتجه أن يقال : الطلاق الثاني يلحق منكوحةً ممسوسة ، فقد بطلت العدة ، وقد نبطل مدةً شرعية بطريان طارئ ، وإذا زال تستأنف مدة أخرى ، كما ذكرناه في مدة الإيلاء إذا طرأ عليها طلاق أو ردّة ، ثم ارتجعت

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) أي كأنها انقضت .

(٣) في الأصل : الأولي .

المطلقة وزالت الردة ، وإذا طلق الرجعية ولم يرتجعها ، فالعدة لم تنقطع ، فلا يظهر الاحتجاج .

والوجه حمل كلام الشافعي على ترديد القول ، فإذا طلق زوجته الرجعية ، فتبني أم تستأنف ؟ فعلى قولين على هذه الطريقة ، مرتبين على القولين فيه إذا راجعها ثم طلقها ، وهذه الصورة أولى بالبناء لما أشرنا إليه .

فإن قيل : فوجهوا القولين ، قلنا : من لم يوجب الاستئناف فوجه قوله بين ؛ إذ العدة مستمرة ، ويستحيل أن يقطعها الطلاق ؛ فإن الطلاق يؤكد العدة ، ولا يناقضها .

ومن قال : تستأنف ، قال : الطلاق الجديد يقتضي حلاً جديداً ، ولولا هذا التقدير وإلا لم يكن للطلاق الثاني معنى ، وكل حل يستعقب تربصاً جديداً .

وهذا عندنا أولى من بناء هذين القولين وتقريبهما من القولين فيه إذا قال لامرأته : كلما ولدت ولداً [فأنت] ^(١) طالق ، فولدت ولدين عن بطن واحد ، فتخوض في العدة بوضع الولد الأول ، وهل يلحقها الطلاق بوضع الولد الثاني الذي يخلو الرحم به ؟ فعلى قولين قدمناهما .

ووجه التقريب أنا نقدر استئناف عدة ، ثم نفرض هذا الطلاق على متصل العدتين ، فذلك نقدر إذا طلقت الرجعية كأن عدتها نكاح ، فإن طلقت ، فهذا ابتداء حل ، ثم يقع هذا الطلاق بين تقدير ارتفاع ما مضى وابتداء ما وجب من العدة ، وتوجيه القول على حسب الإمكان أولى من هذا البناء ؛ فإن القولين في وقوع الطلاق بالولد الأخير لا أعرف لأحدهما وجهاً على ما قدمت / كشفه وبيانه . ي ٢٢٨

٩٨٢٣- ثم نفرع على هذا الأصل فروعاً ونبينها في أنفسها ، ونبين بها حقيقة الأصل ، فلو طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعية ، فكانت حاملاً ، فراجعها ، ثم طلقها وهي بعد حامل ، فإذا وضعت حملها ، انقضت عدتها على القولين ، وذلك أن بقية مدة الحمل صالحة لأن تكون عدة مستأنفة ، فيؤول القولان إلى التقدير .

فنقول : في قول : هي في بقية الحمل في بقية العدة ، ونقول في القول الثاني :

(١) في الأصل : قلت طالق .

بقية العدة عدةً مبتدأة ، والدليل على ذلك [أنه]^(١) لو راجعها ووطئها ثم طلقها ، فوضعت حملها ، كفى ذلك ، ولو كان الوطء بعد الرجعة يوجب عدة مستأنفة بلا خلاف ، فيتجه وجه التقدير في هذه الصورة ، ونقطع بأن بقية الحمل عدة كاملة .

وبمثله لو طلقها حاملاً ابتداءً كما صورناه ، ثم راجعها ، فوضعت حملها في النكاح ، ثم طلقها من غير مسيس ، فإن فرعنا على قول الاستئناف ، اعتدت بثلاثة أقراء بعد الطلاق .

وإن قلنا بالبناء ، ولم نوجب عدة مستأنفة ، ففي هذه الصورة وجهان : أحدهما - أنه لا يلزمها بعد الطلاق الثاني تربصٌ أصلاً ؛ إذ لا سبيل إلى إيجاب عدة مستأنفة ، وقد انقضت مدة الحمل .

والوجه الثاني - أنها تعتد بثلاثة أقراء ؛ إذ لا بد من تربصٍ بعد الطلاق ، وما جرى في حالة ردها إلى النكاح لا يقع الاعتداد به ، وإذا ابتدأنا تربصاً ، فلا موقف نقف عنده ، والوجه إيجابُ التربص ثلاثة أقراء ، فيلتقي القولان : قول الاستئناف وقول البناء في هذه الصورة .

٩٨٢٤- ومما يتعلق بهذه الجملة أنه لو طلقها ، وشرعت في الاعتداد بالأقراء ، وطعنت في الطهر الثالث من عدتها ، فراجعها في أثناء الطهر الثالث ، ثم طلقها في الحيض ، والتفريع على قولنا : إنها تبني ولا تستأنف ، فعلى هذا قال القفال فيما حكاه شيخي عنه : كما^(٢) راجعها انقضت العدة ؛ فإنها كانت في بقية طهر ، فيقع الاعتداد بما مضى من الطهر .

قال شيخي : هذا كلام مضطرب ؛ فإن بقية الطهر إنما يكون قرءاً إذا اتصل بالحيض في زمان التربص ، والنصف الأول من الطهر يستحيل أن يكون قرءاً ، بل إذا طلقها بائناً ، فعليها الاعتداد بقرء .

وذكر العراقيون القولين في أن الرجعية إذا طلقت في العدة هل تبني أو تستأنف ، ثم

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) كما : بمعنى عندما .

قالوا : لو طلقها رجعيّاً ، ثم خالعتها في العدة ، وصححنا مخالعة الرجعية ، قالوا : إن قلنا : الخلع طلاق ، فقد ألحق الطلاق ، ففي استئناف العدة الطريقتان المعروفان للأصحاب .

وإن قلنا : الخلعُ فسخ ، وجب أن نقطع بأنها تبني ولا تستأنف .

وهذا الذي ذكره لا يقبله المراوزة ، فإذا جرى سبب من أسباب الفراق : فسخاً كان أو طلاقاً ، ففي استئناف العدة والبناء على بقية العدة الاختلاف الذي ذكرناه ، سواء كان ذلك الطارىء فسخاً أو طلاقاً ، والسبب فيه أن قول الاستئناف يعتمد أن الفراق ش ٢٢٨ الطارىء حلٌّ جديد ، والحلّ يتضمن / استعقاب العدة ، وهذا الفقه يستوي فيه الطلاق الطارىء والفسخ الطارىء ، بل هو في الفسخ أظهر ؛ من جهة أن الفسخ يحل الملك ، والطلاق الثاني لا يحل الملك ، ولكننا نتكلف حله [مع] ^(١) ملك رده ورجعه .

والمذهب المرتضى القطع بأن طريان الفراق لا يوجب استئناف العدة كيف فرض ، والمرأة تبني على البقية ، وترديد الشافعي يحمل على الاحتجاج والإلزام ، لا على [التفريع] ^(٢) ، وهو كقول الشافعي في مسألة اللحم : « من قال : اللحمان جنس واحد لاجتماعها تحت اسم اللحم ، يلزمه أن يقول : الثمار جنس واحد » ، ثم اتفق أصحابنا أن هذا إلزام ، وليس [للتفريع] ^(٣) ؛ إذ لا خلاف أن الثمار ليست جنساً واحداً .

٩٨٢٤م - ثم ذكر الشافعي ^(٤) أن الاعتبار في عدد الطلاق بحرية الزوج ورقه ، وهذا ما قدمناه في كتاب الطلاق ، فأما العدة ، فالاعتبار فيها برق المعتدة وحريتها وفاقاً ؛ فإنها الملابس للعدة ، والقائمة بتأديتها .

* * *

(١) زيادة اضطررنا إليها لإقامة العبارة ، فالمعنى الآن : أننا نتكلف القول بحلّ الملك مع أنه في الطلاق الثاني يملك رده ورجعه ، أي يملك إعادة (الملك) . والله أعلم .

(٢) في الأصل : « البقاع » والمثبت من المحقق على ضوء الجملة السابقة واللاحقة التي ستأتي بعد سطور .

(٣) في الأصل : التفريع .

(٤) ر . المختصر : ٢١ / ٥ .

باب عدة الوفاة

٩٨٢٥- عدة الوفاة ثابتة على التي مات عنها زوجها ، سواء جرى في النكاح دخولٌ أو لم يجر ، وقيل : كانت العدة في ابتداء الإسلام سنةً كاملة ، وكانت المرأة تجلس في شرّ بيتها في شرّ أحلاسها ، ثم كان تؤتى بكلب ، وكانت ترمي إليه ببعرة ، وكانت تعني بذلك : أن تفجّعي على زوجي طول هذه السنة أهون وأيسر عليّ من رمي الكلب بهذه البعرة .

وكان في ابتداء الإسلام لا إرث للمتوفى عنها زوجها ، وكان يجب الإنفاق عليها في تلك السنة من التركة ، بدلاً عن الإرث ، ثم نسخت العدة على هذه الصفة ، وردّت إلى أربعة أشهر وعشرة أيام ، كما قال الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة : ٢٣٤] . وروي أن امرأة قتل زوجها فرمدت عينها فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يُستأذن لها في الاكتحال ، فقال عليه السلام : « كانت إحداكن تقعد في شرّ بيتها في شرّ أحلاسها سنةً ، أفلا أربعة أشهر وعشراً!! »^(١) .

فنقول : إذا مات الزوج ، لم تخل المرأة إما أن تكون حائلاً أو حاملاً ، فإن كانت حائلاً حرة ، اعتدت بأربعة أشهر وعشر ليالٍ .

وإن كانت أمة : تربصت شهرين وخمس ليالٍ بأيامها ، وقال داود : الأمة كالحرّة في عدة الوفاة ، وقال عبد الله بن عمرو بن العاص : تعتد بأقصى الأجلين من ثلاثة أقرء ومن أربعة أشهر وعشر^(٢) ، وهذا يخالف الآية ؛ فإنه تعالى لم يثبت في كتابه التعرضَ

(١) حديث : « كانت إحداكن تقعد في شرّ بيتها... » الحديث . رواه الشيخان (البخاري : الطلاق ، باب الكحل للحادة ، ح ٥٣٣٨ . مسلم : الطلاق ، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ، وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام ، ح ١٤٨٨) .

(٢) أثر عبد الله بن عمرو بن العاص لم نقف عليه .

للأقراء في عدة الوفاة ، مع انقسام النساء إلى ذوات الأقراء وغيرهن ، وفَصَّلَ العِدَّةَ عن الطلاق وذكر الأقراء أصلاً فيها .
هذا إذا كانت حائلاً .

ي ٢٢٩

٩٨٢٦- فأما إذا توفي الزوج والزوجة حامل ، فإذا وضعت حملها/ انقضت عدتها ، وليس في كتاب الله بيان ذلك ، وإنما أخذ هذا من السنة ، وروي أن سُبَيْعَةَ الأَسْلَمِيَّةَ أبقي لزوجها عبيد فاتبعهم ليردّهم ، فأدركهم فكَرُّوا عليه وقتلوه ، وكانت سُبَيْعَةُ حاملاً ، فوضعت لنصف شهر ، فخطبها أبو السنابل بن بَعْكُك ، فرغبت عنه ولم ترده ، فرآها يوماً تتصنع للأزواج ، فقال : أتتصنعين للأزواج ، لا ، حتى يبلغ الكتاب أجله ، وقال ذلك راجياً أن يعود أولياؤها الغيب ، فيرغبوا ويحملوها على الإجابة ، فجاءت سُبَيْعَةُ إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبرته بقوله ، فقال : « كذب أبو السنابل ، بل حلت ، فانكحي من شئت »^(١) . وقال عمر : إذا وضعت وزوجها على السرير لم يدفن ، حلت^(٢) . فوضع الحمل إذا ينقضي به كل عدة .

والذي يجب التنبه له أن المتوفى عنها إذا كانت حاملاً ، فمما يدرك بمسلك المعنى أن الأربعة الأشهر والعشر إذا انقضت ، والحمل قائم ، فلا سبيل إلى التزوج مع اشتغال الرحم ، وإنما الذي يحيد عن القياس بعض الحيد أنها لو وضعت لدون أربعة أشهر ؛ فإنها تحل .

قال الشافعي في بعض مجاري كلامه : لولا حديث سُبَيْعَةَ ، لكان الأخذ بأقصى الأجلين : أجل الوضع ، والأربعة الأشهر والعشر قريباً من القواعد ، لما غلب وظهر في عدة الوفاة من التعبد ، حتى أنها وجبت مع العروء عن الدخول ، فإذا كنا لا نرعى في

(١) حديث سُبَيْعَةَ الأَسْلَمِيَّةَ متفق عليه من حديثها ، ومن حديث أم سلمة (البخاري : الطلاق ، باب ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٤] ، ح ٥٣١٩ ، مسلم ، الطلاق : باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها ، ح ٣٥١٦ ، وانظر مصنف عبد الرزاق : ح ١١٧٢٢ وما بعده ، التلخيص : ٤٦٥/٣ ح ١٨٠١) .

(٢) حديث عمر رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر (ر . الموطأ : ٥٨٩/٢ ح ٨٤ ، ترتيب مسند الشافعي ٥٣/٢ ح ١٧٠ ، مصنف عبد الرزاق : ٤٧٢/٦ ح ١١٧١٨ ، ١١٧١٩ ، تلخيص الحبير ٤٧٣/٣ ح ١٨١٠) .

وجوب العدة جريان ما يشغل الرحم في جنسه ، كان لا يبعد رعاية المدة المذكورة في كتاب الله تعالى ، مع حصول براءة الرحم بوضع الحمل ، ولكن المتبع السنة ، فلا معدل عنها .

٩٨٢٧- ثم ذكر الشافعي رضي الله عنه التعرض للسكنى في عدة الوفاة ، ولسنا نخوض فيها الآن ، فإنها بين أيدينا .

٩٨٢٨- ثم قال الشافعي : « وليس عليها أن تأتي فيها بحيض »^(١) ، وهذا مما قدمناه ، وغرضه الرد على مالك^(٢) ؛ فإنه يقول : إذا كانت عاداتها أن تحيض في كل شهرين مرة ، فعليها أربعة أشهر وعشر فيها حيضتان ، وإن كانت عاداتها في كل ثلاثة أشهر أن تحيض مرة ، فعليها أربعة أشهر وعشر فيها حيضة .

واحتج الشافعي رضي الله عنه عليه ، وقال : لا ذكر للحيض في كتاب الله ، ولا في سنة رسول الله ، والعدة قسمان : أحدهما - بالأشهر والثاني - بالأقراء ، ثم ما يقع بالأقراء لا يعتبر فيه حساب الأشهر ، فما يقع بالأشهر لا يعتبر فيه حساب الأقراء . ثم ذكر بعدها أنها لو ارتابت بالحمل ، فهل تنكح أم لا تنكح ؟ وهذا مما قدمناه مستقصى ، [وتعرض]^(٣) بعد ذلك لتوريث المبتوتة في مرض الموت وحرمانها ، وقد مضى ذلك مستقصى في موضعه .

فَصْلٌ

قال : « ولو طلق / إحدى امرأته ثلاثاً . . . إلى آخره »^(٤) .

٢٢٩ ش

٩٨٢٩- ذكرنا أن التعويل في عدة الوفاة على الأشهر إذا لم تكن المرأة حاملاً ، فإن فرض وقوع الوفاة في الجزء الأخير من شهر ، وتحقق ذلك ، استقبلت التربص

(١) ر . المختصر : ٢٤ / ٥ .

(٢) ر . عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب : ١٣٥٩ / ٣ مسألة : ٩٤٧ .

(٣) في الأصل : وتفرض .

(٤) ر . المختصر : ٢٦ / ٥ .

أربعة أشهر بالأهلة ، فتربص بعدها عشرة أيام بلياليها .

فإن وقعت الوفاة في كسر شهر ، وكان بقي من ذلك الشهر عشرة أيام ، من غير زيادة ولا نقصان ، فقد قطع الأئمة بأنا نحتسب هذه الأيام من العشر ، فنأمرها أن تربص بعدها أربعة أشهر بالأهلة ، ولا نقول : تُحْتَسَبُ العشرُ الباقية من الأشهر حتى ينكسر الشهر الأول ، ثم إذا تصرّمت الأشهر ، تربصت عشرة أيام بعدها ، ولكن إذا أمكن حَسَبُ تلك الأيام من حساب العشر ؛ حتى لا تنكسر الشهور ، فعلنا ذلك ، ولا يقع العشر مع الأشهر على حكم الترتب ، والغرضُ انقضاء هذه المدد ، وبعضها يقدر بالأهلة ، وبعضها بالأيام ، والغرضُ مضيّها .

ولو كان الباقي من الشهر أكثر من عشرة أيام ، فينكسر الشهر الأول لا محالة ؛ لمكان ما يبقى بعد العشر ، وكذلك لو كان الباقي من الشهر بعد وقوع الوفاة أقل من العشر ، فينكسر الشهر الأول لا محالة ، ثم الكلام في الانكسار على ما قدمنا ذكره .

٩٨٣٠- ولو طلق الرجل إحدى امرأتيه على الإبهام ، ومات قبل البيان ، إن لم يدخل بواحدةٍ منهما ، فعلى كل واحدة أن تربص أربعة أشهر وعشراً ، فإن الأمر محمول على الاحتياط في العدة ، وما من واحدة منهما إلا ويجوز أن تكون هي الزوجة ، ولكن لا دخول بواحدة منهما ؛ حتى يترددَ النظر بين الأقراء وبين الأشهر والعشر .

فإن كان قد دخل بهما نظر : إن كانتا حاملين ، فالعدة تنقضي بوضع الحمل ؛ لأن الوضع تنقضي به العدد كلها : عدة الوفاة وعدة الفراق في الحياة ، وإن كانتا حائليين ، نظر : فإن كانتا من ذوات الأشهر ، فتربص كل واحدة أربعة أشهر وعشراً من وقت الوفاة ، فإن كانت زوجة ، فهذه عدة الوفاة ، وإن كانت مطلقة ، فعدتها بالأشهر ، وفي الأربعة ثلاثة .

ولو [كانتا]^(١) من ذوات الأقراء ، اعتدت كل واحدة منهما بأربعة أشهر وعشر ، فيها ثلاثة أقراء ، ويعتبر أقصى الأجلين وأبعد المدتين ، لأنها مأمورة بالتربص إلى أن

(١) في الأصل : كانت .

تستيقن الخروج عما عليها ، وكل واحدة منهما مرددة بين أن تكون مطلقة عدتها الأقرء ، وبين أن تكون زوجة عدتها الأشهر والعشر .

فأما حساب عدة الوفاة ، فمن يوم الوفاة ، وحساب عدة الأقرء يخرج على الخلاف الذي قدمناه في كتاب الطلاق : من أصحابنا من قال : حساب الأقرء من وقت الطلاق ، ومنهم من قال : حسابها من وقت الموت ، فإننا نستيقن انتفاء النكاح وارتفاعه/ يوم الموت ، وقد تمهد أصل هذا .

٢٣٠ ي

ومعنى أقصى الأجلين أن تتربص أربعة أشهر وعشراً من يوم الوفاة على أن يمضي عليها ثلاثة أقرء ، إما من يوم الطلاق ، وإما من يوم الوفاة ، فإن انقضت الأشهر والعشر ، ولم تمض الأقرء ، صبرت إلى انقضائها كاملة من أول تاريخها المعتبر .

وإن أحببنا قلنا : تعدد بثلاثة أقرء من أول تاريخها على شرط أن يقع فيها أربعة أشهر وعشر من تاريخ الوفاة .

هذا بيان أقصى الأجلين .

وإن كان قد دخل بإحدهما دون الأخرى ، فالتى لم يدخل بها تعدد بأربعة أشهر وعشر ، والمدخول بها إن كانت حاملاً ، اعتدت بوضع الحمل ، وإن كانت حائلاً ، فبأقصى الأجلين ، كما تقدم تفصيله .

٩٨٣١- ومما ذكره القفال في آخر الباب : أن المتوفى عنها زوجها تنقضي عدتها بوضع الحمل ، فلو وضعت وزوجها على السرير لم يدفن ، ونفذ الحكم بانقضاء العدة ، وحل لها أن تنكح ، فلها أن تغسل زوجها بعد وضع الحمل ؛ لأن قيام العدة ليس معتبراً عندنا في الغسل ؛ لأن الرجل يغسل امرأته إذا ماتت ، ولا عدة عليه .

ثم قال الأصحاب : لو وضعت ، ونكحت الزوج بعد لم يدفن ، فلها أن تغسل الزوج المتوفى ، ولا ينبغي للفقهاء أن يرتاع من هذا ؛ فإنه إذا لم يمتنع الغسل مع انتهاء النكاح نهايته وانقضاء العدة ، فلا أثر لنكاحها ؛ فإن الزوجة لا تغسل زوجها بتقدير حل قائم بينهما ، وإنما تغسل لبقائها على علقه من النكاح ، وهذا المعنى لا يزول بالتزوج .

هَذَا مَا بَلَّغْنَا فِي ذَلِكَ ، وَكَانَ لَا يَبْعَدُ أَنْ يُقَالَ : تَبْقَى تَبْعِيَّةُ النِّكَاحِ مَا لَمْ تَنْكِحْ ،
كَمَا أَنَا نَلْحَقُ النَّسَبَ بِالْإِحْتِمَالِ مَا لَمْ تَنْكِحْ زَوْجًا .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِ فِي مَذْهَبٍ لَهُ ظَاهِرٌ : مِنْ فَاتَتْهُ رَكْعَتَا الصُّبْحِ ،
قَضَاهُمَا ، فَإِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ ، وَتَحَرَّمَ بِفَرِيضَةِ الظُّهْرِ ، انْقَطَعَتِ التَّبْعِيَّةُ ، وَهَذَا تَشْبِيهٌُ
مِنْ طَرِيقِ اللَّفْظِ ، وَلَكِنَّهُ كَلَامٌ عَلَى حَالٍ .

* * *

باب

مقام المطلقة والمتوفى عنها زوجها

٩٨٣٢- ذكر الشافعي في هذا الباب السكنى ، وما يتعلق بها ، ومن يستحقها من المعتدات ، ومن لا يستحقها .

والأصل في وجوب السكنى الكتاب ، والسنة ، والإجماع : قال الله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ [الطلاق : ١] قيل في التفسير : الفاحشة الزنا ، والمعنى إلا أن تزني ، فتخرج لإقامة الحد عليها ، وهذا التفسير غير صحيح ؛ لأنها إذا أخرجت للحد ، رُدَّتْ إلى مسكن العدة بعد استيفاء الحد ، فلا يتحقق الإخراج الكلي ، فالصحيح ما قال ابن عباس إن الفاحشة أن تبذو بلسانها ، وتستطيل على أحمائها ، فتخرج من دار الزوج .
وسكنى المطلقة مستفادة من الكتاب .

٩٨٣٣- فأما المتوفى عنها زوجها ، فأمرها مستفاد من حديث فُرَيْعَةَ بِنْتِ مَالِك : روي أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت : إن زوجي قُتل ولم يتركني في مسكن / يملكه ، فقال عليه السلام : « ارجعي إلى بيتِ أهلِكَ ، واعتدي فيه ، فلما ٢٣٠ ش ولَّتْ وبلغت بعض البيوت ، ناداها ، وقال : اعتدي في بيتك ، حتى يبلغ الكتاب أجله »^(١) .

(١) حديث فُرَيْعَةَ بِنْتِ مَالِك رواه مالك ، والشافعي وأحمد وأبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه كلهم من حديث سعد بن إسحاق عن عمته زينب عن الفريعة به (ر . الموطأ : ٥٩١/٢ ، ترتيب مسند الشافعي : ٥٣/٢ ، رقم ١٧٥ ، المسند : ٣٧٠/٦ ، أبو داود : الطلاق ، باب في المتوفى عنها تنقل ، ح ٢٣٠٠ ، والترمذي : الطلاق ، باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، ح ١٢٠٤ ، والنسائي : الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ، ح ٣٥٢٨ ، ٣٥٢٩ ، ٣٥٣٠ ، ابن ماجه : الطلاق ، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، ح ٢٠٣١) .

وفي سكنى المتوفى عنها قولان ، كما سنذكرهما ، وفي الحديث الذي رويناہ متمسك القولين : فمن أوجب السكنى ، صار إلى أن الرسول نسخ بقوله الآخر قوله الأول ، ورخص لها في الخروج أولاً ، ثم نسخ وأوجب السكنى بقوله : « اعتدي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » .

و[من]^(١) لم يثبت السكنى للمعتدة عن الوفاة ، استدل بأول الحديث ، وحمل آخره على النذب والاستحباب .

وحديث فاطمة بنت قيس لا بد من ذكرها في الباب ، روي أن زوجها طلقها ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم بأن تعتد في بيت الزوج ، فاستطالت على أحمائها باللسان ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأخرجها النبي عليه السلام من بيت الزوج ، وأمرها حتى اعتدت في بيت ابن أم مكتوم^(٢) .

وعن مروان أنه أخرج مطلقة من بيت زوجها ، فأرسلت إليه عائشة : أن اتق الله ، واردد المرأة إلى بيت زوجها ، فقال مروان : أما بلغك شأن فاطمة ، فقالت عائشة : لا عليك أن لا تذكر فاطمة ، فقال مروان : إن كان بك الشر ، فحسبك ما بين هذين من الشر : [أي]^(٣) إن كان أخرجها بعل الشر ، فهو موجود في هذه ، ثم كانت فاطمة تسمى بعد قصتها في الصحابة الفتانة ؛ فإنها روت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لم يجعل لها النفقة والسكنى ، وكانت لا تذكر سبب إخراج رسول الله صلى الله عليه وسلم إياها من مسكن النكاح .

فهذا بيان القواعد التي إليها الرجوع في مسائل الكتاب .

(١) سقطت من الأصل .

(٢) حديث فاطمة بنت قيس - برواياته - ، رواه البخاري : الطلاق ، باب قصة فاطمة بنت قيس وقول الله عز وجل ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق : ١] الأحاديث من ١٣٢١-٥٣٢٨ . ورواه مسلم : الطلاق ، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ، ح ١٤٨٠ . وانظر الروايات المختلفة أيضاً في السنن الكبرى للبيهقي : ٤٣١/٧ وما بعدها .

(٣) زيادة يمكن الاستغناء عنها ، ولكنها تعين على فهم الكلام .

٩٨٣٤- ثم إنا نفتتح بعد هذا القول في التي تستحق السكنى ، وفي التي لا تستحقها ، وفي التي اختلف القول فيها .

وجملة المعتدات قسمان : معتدة عن فرقة النكاح ، ومعتدة عن غير النكاح ، فالمعتدة عن غير النكاح كالموطوءة بالشبهة والمنكوحة نكاحاً فاسداً ، فيلتحق بهما المستولدة إذا عتقت بالإعتاق ، أو بموت المولى عنها ، فلا سكنى لواحدة من اللواتي ذكرناهن ، إذا لم يكن حمل ، فلا شك أن السكنى إذا انتفت ، انتفت النفقة .

ولو كانت واحدة من اللواتي ذكرناهن حاملاً ، ففي استحقاق النفقة كلامٌ ، وتفصيلٌ ، واختلافٌ ، سيأتي مستقصى في كتاب النفقات ، إن شاء الله عز وجل .

فإن أثبتنا النفقة لمكان الحمل ، فهل تثبت السكنى ؟ الرأي الظاهر أنها تثبت ؛ فإن السكنى أولى بالثبوت من النفقة .

ومن أصحابنا من قال : لا تثبت السكنى ؛ فإن النفقة الثابتة لأجل الحمل بلاغٌ وسدٌ حاجة به قوام الحمل ، ولا يتحقق هذا المعنى في السكنى . ومن صار إلى إيجاب السكنى تبعاً للنفقة ، [فليس]^(١) يعين مسكناً ، وإنما يوجب القيام بمؤنة السكنى .

٩٨٣٥- فأما المعتدة/ عن فرقة النكاح ، فلا يخلو إما أن تكون معتدة عن الموت أو ٢٣١ ي عن فرقة في الحياة ، فأما المعتدة عن فرقة في الحياة ، فقسمان : معتدة عن الطلاق ، وعن غير الطلاق .

فالمعتدة عن الطلاق قسمان : رجعية وبائنة ، أما الرجعية ، فلها النفقة والسكنى ، حاملاً كانت أو حائلاً ؛ لأنها في حكم الزوجات ، والبائنة لها السكنى بكل حال ، ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً .

ثم للشافعي قولان في أن النفقة لها أو للحمل ، وسيأتي توجيههما وتفريعهما في كتاب النفقات ، إن شاء الله تعالى .

وأما المعتدة عن فراق في الحياة غير الطلاق ، فالطريقة المشهورة أن النكاح إن انفسخ بفسخ أنشأته المرأة بنفسها : بعيب في الزوج ، أو خيار عتق ، فلا سكنى لها ،

(١) في الأصل : وليس .

وكذلك لو ارتضعت ، وكان ذلك سبب الانفساخ ، فالكلام على ما ذكرناه .

وكذلك لو انفسخ النكاح بفسخ أنشاء الزوج لمعنى فيها ، فلا سكنى في مثل هذه العدة ، وأمر النفقة في الفرق بين الحامل والحائل يأتي في النفقة ، إن شاء الله .

فلو انفسخ النكاح بارتداد الزوج ، أو بإسلام أحدهما ، أو رضاع من جهة أجنبي ، ففي وجوب السكنى قولان ، كما في المتوفى عنها زوجها ؛ وذلك أن النكاح ارتفع من غير طلاق ، ولا سبب متعلق بها .

ومن أصحابنا من قال : يجري القولان في العدة التي تترتب على فسخها أو على الفسخ بعيب فيها ، وكل معتدة عن فراق عن النكاح في الحياة ، ليس ذلك الفراق طلاقاً ، ففي ثبوت السكنى الطريقان في القطع ، وتخريج القولين .

فإن أردنا أن نفرق بين النفقة والسكنى في مجاري المذهب ، [فلنحوّم ولا نضن بالوفاء بفرق معنى] ^(١) ، ولكنا نعتمد فحوى كلام الله عز وجل ؛ فإنه أثبت السكنى من غير تفصيل ، وفصل الأمر في النفقة ، فخصص وجوبها بالحوامل ، وغرضنا الآن التعرض للسكنى فحسب ، فأما النفقات ، فبين أيدينا ، نفصلها في كتابها ، إن شاء الله عز وجل .

٩٨٣٦- والقدر الذي ذكره الأصحاب أن السكنى لصيانة الماء والمعتدة على الجملة مشغلة بصيانة الماء ، والنفقة في مقابلة تسلط الزوج ، وهذا المعنى مفقود في عدة البيونة ، وليس يستمر هذا على ما ينبغي ، ويرد على أحد شقي الكلام الموطوءة بالشبهة والمستولدة في زمان الاستبراء .

فأما الصغيرة التي لا تحتمل الجماع لصغرهما هل تستحق السكنى ؟ ذكر الأئمة وجهين في استحقاقها السكنى ، وبناهما القاضي على أنها هل تستحق النفقة في النكاح ؟ فإن قلنا : لا نفقة لها ، فلا سكنى لها في العدة ، وإن قلنا : لها النفقة في النكاح ، فلها السكنى في العدة .

(١) عبارة الأصل : « فالمحرّم أن لا يضمن الوفاء بفرق معنى » والمثبت تصرف من المحقق نرجو أن يكون هو الصواب .

٩٨٣٧- وأما الأمة إذا طلقها الزوج ، فلا يخلو إما إن كان السيد بواً لها مسكناً مع الزوج أو لم يفعل ذلك ، فإن كان عين مسكناً ، فهذا يُبنى على أصليين : أحدهما - أنها هل كانت تستحق النفقة في الحياة ؟ وهذا يترتب على استخدامه إياها وتركه / ذلك ، ٢٣١ ش وتسليمه إياها إلى الزوج ، فإن سلمها إلى الزوج ، وكان لا يستخدمها ، فلها النفقة ، وعلى الكلام في أنه هل كان يجب عليه أن يسلمها إلى زوجها حتى يسكنها حيث شاء ، وفيه اختلاف قدمناه .

فإن أوجبنا ذلك وتصورت المسألة بالصورة التي ذكرناها ، وهي أن السيد كان لا يستخدمها ، فقد اجتمع وجوب النفقة في النكاح ، وسلطان الزوج في إسكانها مسكناً يريده ويعينه ، فيبني على ذلك وجوب السكنى في العدة ، وإن قلنا بوجوب النفقة في الصورة التي نحن فيها بعد ، وفرعنا على أنه لا يجب على المولى تسليمها ، ليسكنها الزوج حيث شاء ، فإذا لم يتعين مسكن في النكاح بحكم الزوج استحقاقاً ، فإذا طلقها الزوج ، وهي في مسكن بحكمه رضي المولى به ، وإن لم يكن ذلك مستحقاً عليه ، فهل يتعين عليها ملازمة ذلك المسكن الذي اتفق كونها فيه حالة النكاح عن توافق وتراضٍ ؟

فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يتعين ؛ فإن العدة تبع النكاح ، فإذا كان لا يستحق الزوج إسكانها حيث شاء في النكاح ، فلا معنى لتعين مسكن النكاح للعدة .
وأبعد بعض أصحابنا ، فقال : إذا اتفق مسكن في النكاح ، وإن لم يكن عن استحقاق ، تعين لزومه في العدة ، وهذا بعيد .

ثم إن قلنا : مسكن النكاح لا يتعين ، فعلى الزوج القيام بمؤنة إسكانها ، والتعيين إلى السيد ، فإننا في إثبات السكنى في العدة نلتفت إلى النكاح ، وكان للمولى في النكاح أن يلزم الزوج مؤنة السكنى ، فإذا وجبت النفقة ، والسكنى من المؤن التي ثبتت - على التأويل الذي ذكرناه - فيجب بقاء مؤنة السكنى ، وإن زالت النفقة للبينونة ؛ لما ذكرنا من أن السكنى تجب حيث لا تجب النفقة .

هذا كله إذا كان السيد لا يستخدمها ، فإن كان يستخدمها نهاراً ، ويتركها ليلاً ، ففي وجوب النفقة خلاف قدمته في النكاح ، فإن أوجبنا النفقة ، أوجبنا السكنى في

العدة على التفصيل الذي ذكرناه الآن في أنها [هل] ^(١) تلزم مسكن النكاح ، أو لا تلزمه ؟ وإن قلنا : لا تجب النفقة في النكاح لا تلزم السكنى في العدة .

٩٨٣٨- ولو نشزت الزوجة الحرة على زوجها ، وسقطت نفقتها ، فطلقها زوجها ، أو مات عنها ، ونعني بالطلاق الطلاق المبين ، قال القاضي : لا سكنى لهذه في العدة ، كما لا نفقه لها في النكاح .

وهذا فيه نظر ؛ فإن النشوز معنى طارئ ، وأصل النكاح على استحقاق النفقة ومهما ^(٢) تركت المرأة النشوز ، فهي على استحقاقها ، فموجب النفقة إذا قائم في النكاح ، ولكن لا تجب النفقة لانعدام محل العلة ، وليس كذلك الأمة ؛ فإن القول فيها في استحقاق النفقة ، وفي تعيين مسكن النكاح مضطرب ، كما أشرنا إليه .

فألوجه أن يقال : إذا مات زوج الناشزة أو طلقها ألبتة المبينة ، فيلزمها أن تلزم مسكن النكاح/ ؛ فإن هذا تعبدٌ من جهة الشرع ، ولقد كان لها مسكن مستحق في النكاح ، فيلزمها أن تلزمه تعبدًا من الله عز وجل . نعم ، لو لم تُلفَ في مسكن ، واستمر النشوز والاستعصاء على الزوج ، وعدم السكون في مسكن يعينه ، فبانت ، فهذه لم يُعهد لها مسكن نكاح ، حتى يقال : إنها تلزمه إلى انقضاء العدة ، ففي هذه الحالة يظهر إسقاط مسكن النكاح .

ويبقى النظر في أنها لو نزلت عن نشوزها ، وطلبت مسكنًا تعتد فيه ، فهل تجاب ، وقد انكفت عن نشوزها ؟ وهل يتصور الرجوع إلى الطاعة بعد البينونة ؟ هذا محتمل جداً .

فأما إذا نشزت على زوجها في مسكن النكاح ؛ فكانت لا تطاوعه ، فقد سقطت نفقتها ، وسقط أيضاً عن الزوج مؤنة إسكانها ، فإذا أصابتها البينونة ، والحالة هذه ، فهل تلزم مسكن النكاح ؟ يظهر هاهنا أن تلزمه رعاية للتعبد والحق الديني الذي لا يسقط بالتراضي .

(١) في الأصل : هذا .

(٢) مهما : بمعنى إذا .

هذا مجموع القول في اللواتي يفارقن أزواجهن في الحياة .

٩٨٣٩- فأما المتوفى عنها زوجها ، فلا نفقة لها حائلاً كانت أو حاملاً ؛ لأن نفقة الحمل تسقط بالموت ، وتسقط مؤنة الحاضنة القائمة بصيانة الولد .

وهل تستحق السكنى ؟ [فعلى قولين : أحدهما - أنها تستحق]^(١) كالبائنة المطلقة .

والثاني - أنها لا تستحقها ؛ لأن السكنى في كتاب الله عز وجل ثابتة للمطلقات ، فالمتبع الكتاب ، في هذا الباب ؛ فإن مجال القياس فيه ضيق .

والموت عن الصغيرة والأمة والناشزة - على قولنا المتوفى عنها تستحق السكنى - يُردّ [إلى]^(٢) التفاصيل التي قدمناها ؛ فإن الرأي إذا اضطرب في العدة عن الحي ، فهو بالاضطراب أولى في العدة عن الميت ؛ فإن البائنة على الجملة تستحق السكنى قولاً واحداً ، وفي المتوفى عنها قولان .

وقد انتجز الكلام فيمن تستحق السكنى وفيمن لا تستحقها .

٩٨٤٠- ونحن الآن نخوض في تفصيل السكنى ، ونقول : القول في السكنى يتعلق بركنين أبداً : أحدهما - التعرض للزوم مسكن النكاح .

والثاني - الكلام في إلزام مؤنة السكنى إن لم يكن للنكاح مسكنٌ معيّن .

فأما الكلام في الركن الأول : فإذا كان الزوج يساكن امرأة في مسكن مملوك له ، ثم طلقها البتة أو طلقه رجعية ، أو مات عنها - والتفريع على استحقاق السكنى - فيتعين عليها ملازمة مسكن النكاح ، فلو زایلته على اختيارٍ من غير اضطرابٍ ، عصت ربّها ويجب على الزوج ألا يخرجها ، ولا يزعمها ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ ﴾ [الطلاق : ١] أجمع المفسرون على أن المراد مسكن النكاح لا غير .

هذا إذا كان للزوج مسكن مملوك .

(١) ما بين المعقفين زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها ، وهي قريبة من عبارة ابن أبي عصرون .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

ولو كان المسكن مكترى للزوج ، وقد بقي من المدة ما يفي بزمان العدة ، فعليها أن تلزمه وعلى الزوج ألا يزعجها .

وإن كانت الدار مستعارة ، فإن لم يرجع المعير ، وجب عليها أن تلزمه ، وعلى الزوج ألا يزعجها ، وإن رجع المعير عن العارية ، فقد فات الأمر ، ولا يمكنها أن تلزم ش ٢٣٢ مسكن النكاح ، وسنذكر التفصيل / في الركن الثاني وهو مؤنة السكنى .

٩٨٤١- أولاً^(١) نلحق بما ذكرناه كلاماً ، ونقول : إذا نكح امرأة وأسكنها مسكناً ضيقاً لا يليق بها في درجتها ، ولكنها سامحت زوجها ورضيت ، فلما طلقها ، لم ترض بذلك المسكن ، وطلبت مسكناً يليق بدرجتها ، قال العراقيون : لها ذلك ، ولا يلزمها لزوم ذلك المسكن .

ولو كان الأمر على العكس ، وكان الزوج أسكنها مسكناً رفيعاً لا تستحق عليه مثله ، فلما طلقها ، قال الزوج : أنقلها إلى مسكن يليق بها ، قالوا : للزوج ذلك .

وما ذكره في الطرفين ليس خالياً عن الاحتمال ، فلا يبعد أن يقال : إذا جرت مسامحة منها حتى وافاها الطلاق ، لزمها المصابرة إلى انقضاء العدة .

وإذا كان الزوج هو المتبرع بالمسكن الرفيع ، فلا يبعد من طريق التعبد أن يلزمه إدامة إسكانها إلى انقضاء العدة ، وفي كلام المراوزة رمزٌ إلى ما ذكرناه ، والقياس ما ذكره العراقيون .

ويخرج مما قالوه أنه إنما يلزم تعيين مسكن النكاح إذا كان على قدر استحقاقها من غير فرض مسامحة منها وتبرع منه ، فإذا صادفها الطلاق ، والحالة هذه ، تعين المسكن ، ولم يكن متعيناً في النكاح ؛ فإن الزوج لو أراد نقلها مع استمرار النكاح من مسكن إلى مسكن ، جاز له ذلك ، ولا تبقى خيرة إذا وافاها الطلاق في مسكن ، وهذا موضع التوطئة بعد ، وستأتي التفاصيل والمسائل ، إن شاء الله .

فهذا قول كلي في لزوم مسكن النكاح .

(١) المعنى أننا قبل أن نذكر تفصيل الركن الثاني نلحق بما ذكرناه في الركن الأول كلاماً . . .

٩٨٤٢- فإن لم يكن للنكاح مسكنٌ معيّن ، ولكن كانا ينتقلان في الدور المستعارة ، ثم جرى الطلاق ، واسترد المعير العارية ، فالزوج يبذل مؤنة السكنى ، ويكتري مسكناً لائقاً بحالها ، وإليه تعيين ذلك المسكن ؛ فإن العدة منسوبةٌ إليه ، والغرضُ منها حفظ مائه أو الاحتباس بسبب رعاية حرمة .

هذا كلام في أصل السكنى ، وانقسام الأمر فيه إلى الكلام في تعيين المسكن الذي كان مسكنَ النكاح ، والثاني في إلزام الزوج مؤنة السكنى إذا لم يكن للنكاح مسكنٌ متعيّنٌ .

ويتصل بذلك لا محالة أنه يجب عليها أن تقرّ وتسكن موضعاً إلى انقضاء العدة ، إذا لم يصادفها الطلاق في سفرٍ .

وإن صادفها الطلاق في سفر ، فيأتي ذلك بعد هذا .

ثم إنا نتكلم بعد هذا التمهيد في ثلاثة فصول : فصلٌ يتعلق بتعيين المسكن .

وفصلٌ يتعلق بمنع الزوج عن المساكنة .

وفصلٌ في مؤنة السكنى عند ضيق المال .

[الفصل الأول]^(١)

فأما ما نطلبه في تعيين المسكن :

٩٨٤٣- إذا كان للزوج مسكن مملوك ، فالمرأة لا تُزَّج من ذلك المسكن حتى تنقضي العدة على القواعد التي قدمناها ، فلو أفلس الزوج وأحاطت الديون به ، ومست الحاجة إلى بيع المسكن ، فالأصل المعتبر في القاعدة أنا لا نبطل حقَّ السكنى من تلك الدار أصلاً ، وإن تأخرت حقوق / الغرماء .

٢٣٣ ي

ولكن إن كانت حاملاً ، فلا سبيل إلى بيع الدار ؛ فإن مدة الحمل مضطربة : ربما تُجهض المرأة ، وربما تلد لست أو لتسع ، أو لأربع سنين ، فيمتنع البيع للجهالة التي

(١) العنوان من عمل المحقق .

ذكرناها ، وكذلك إذا كانت من ذوات الأقرء ، فلا يصح بيع الدار ؛ [إذ]^(١) الأقرء تختلف ، ولا ضبط لأكثر الطهر .

وإن كانت معتدة بالشهور ، نظر : فإن كنا لا نتوقع طريان الأقرء على الشهور ، فالمذهب الذي عليه التعويل أن بيع الدار قبل انقضاء الأشهر يخرج على القولين في بيع الدار المكراة ؛ وذلك لأن الدار مستحقة المنافع في هذه المدة ، فصار كما لو كانت مستحقة المنفعة للمستأجر .

وذكر العراقيون وجهاً آخر أنا نقطع بمنع البيع ، بخلاف الدار المكراة ، واعتلوا بأن قالوا : قد تموت المعتدة في أثناء المدة ، فتقطع العدة ، فهذا إذا [يجرّ غرراً]^(٢) من هذا الوجه ، وزعموا أن هذا لا يتحقق في الإجارة ؛ فإن المستأجر لو مات لم يطل حقه ، بل ينتقل إلى ورثته ، ولو فرض من المكثري فسخ الإجارة ، فقد يقول قائل : للبائع المكثري إمساك الدار إلى انقضاء المدة . وقد فصلنا هذا في كتاب الإجارة والبيع .

وهذا الذي ذكره غير سديد ؛ فإن أمر البيع لا يحمل على تقدير الموت ، وشواهد ذلك في بيع الأعيان والسلم واضحة .

هذا إذا كنا لا نتوقع طريان الأقرء على الشهور .

فأما إذا كنا نتوقع طريانها ، فللأصحاب طريقان : منهم من قطع بفساد البيع لتوقع طريان القرء ، ثم الأقرء لا ضبط لها .

ومنهم من قال : الحكم بمقتضى الحال وهي من ذوات الشهور ، فيخرج البيع على القولين ، ثم إن صححنا البيع ، فطراً الحيض ، فهذا عندنا يضاهي طريان اختلاط الثمار قبل القبض ؛ فإننا نقول : لو كانت الثمار تختلط بطباعها لا محالة ، فالبيع باطل ، وإن اتفق اختلاط طارئ ، ففيه الخلاف المشهور في كتاب البيع ، وليس هذا كطريان الإباق على العبد ؛ فإن ذاك لا يبنى عليه الأمر ، وطريان الحيض على مشاهدة من حكم الجبلة كاتفاق اختلاط الثمار .

(١) في الأصل : إن .

(٢) في الأصل : « يجد عذراً » والمثبت من المحقق رعاية للسياق .

٩٨٤٤- ويتم الغرض بسؤالين والجواب عنهما : فإن قيل : منعتم بيع الدار إذا كانت حاملاً ، فما قولكم لو قال المشتري : منتهى مدة الحمل معلومة ، وأنا آخذ بامتداد الحمل إلى أقصى مدة له ، وأرضى ، فنقول : هذا رضاً مع تحقق الغرر ، وإذا فرض غرر مؤثر في العقد ، لم ينفع الرضا فيه ، وهذا بمثابة ما لو باع رجل عبداً بمالٍ ، وعُلم قطعاً أنه لم يبعه بأكثر من مائة ، فقال مالك الدار : بعتك الدار بما باع به فلان عبده ، وطابت نفس المشتري بالمائة التي هي الأقصى ، فلا يصح البيع .

والغرر المجتنب المؤثر في العقد ينقسم : فمنه ما يثير نزاعاً ، وهو مفسد ، ومنه ما لا يثير نزاعاً ولكنه غرر بين ، فلا يمتنع أن يكون مفسداً تبعداً من الشارع ، [والقواعد]^(١) التعبدية في المعاملات لا ترتفع بالتراضي .

٩٨٤٥- فإن قيل : هلا بنيتم الحمل على الغالب ؟ أم هلا قلتم : إذا كان للمرأة عادة في الحيض مطردة ، فيقع الأخذ بها ، حتى نحكم بالصحة على قول تصحيح بيع / الدار ٢٣٣ ش المكرأة ؟ والسؤال يتأكد بشيء وهو أنه إذا لم يكن للنكاح مسكن ، فقد نقول : تطلب المرأة مؤنة السكنى لأيام عاداتها . هذا ظاهر المذهب ، على ما سنذكر ، إن شاء الله تعالى .

فإذا كان يتعلق حق طلب المرأة بمؤنة السكنى لمدة العادة ، وإن كان في ذلك إيقاع حيلولة بين الغرماء وبين ما يفوت من المال لأجل السكنى بناء على ظاهر العادة ، فهلاً قلنا : بيع الدار وساكنها ذات الأقراء يبنى على ظاهر العادة ، ويخرج على [قولي بيع الدار المكرأة]^(٢) ؟ والجواب : أنا لا نسلم إلى المرأة المال حتى تتصرف فيه ؛ فإن حظها في السكنى ، لا حق لها في المال الذي تحصل به السكنى ، وإفرازنا شيئاً من المال يغلب على الظن [تعلق الاستحقاق به ليس بدعاً]^(٣) في قسمة بين أقوام .

وعلى هذا بنينا وقف أموال في التركات للخنائى وللحمل المنتظر ، ثم جرى

(١) في الأصل حرفت الكلمة إلى كلمتين هكذا : « والقول عد » .

(٢) في الأصل : على قولي أولاً بيع الدار المكرأة .

(٣) في الأصل : « تعلق الاستحقاق وليس بدعاً » والتصرف بالزيادة والحذف من المحقق .

الوقف في تلك الأصول مع تقابل الإمكان من غير ترجح ، فإذا وقفنا هاهنا مقداراً بناء على ظاهر العادة ، لم يكن ذلك بدعاً ، وقد نقف ثم شيئاً بين من يرث قطعاً وبين من يجوز أن يحجب أصلاً ، فإذا لم نأت بأمر غريب ، غير أننا لم نتجاوز العادة ؛ إذ لا منتهى للأقراء تقف [عنده] ^(١) .

هذا منتهى قولنا في هذا الطرف .

فأما البيع [فقد] ^(٢) تعبدنا فيه باجتناب الغرر ، وامتناع التسليم في الحال [غرر] ^(٣) ناجز ، وفي زواله غرر ، ونحن وإن قلنا : العادات قد تطرد ، فيغلب فيها نقصان اليوم واليومين ، وهذا القدر يظهر الغرر ، فاستمر وجوب القطع ببطلان البيع ، وخرج الجانب المقدم على الوقف الذي ليس بدعاً ، وليس عقداً فينقذ فيه غرر ، وهذا فقيه متين .

فإن قيل : هلا احتُمِل ما تتوقعون من زيادة ونقصان احتمالكم ذلك في بيع الدار المشحونة بالأمثلة للبائع ؟ قلنا : ذاك الاشتغال غير محتفل بأصله ، فلا ينظر إلى تفصيله ، ولذلك قطعنا القول بصحة بيع الدار المشحونة ، وأجرينا في بيع الدار المكراة القولين .

وقد انتجز الغرض به في هذا الفصل .

فأما

الفصل الثاني

وهو الكلام فيما تضارب المرأة [به] ^(٤) عند ضيق المال ، وضرب الحجر .

٩٨٤٦- قال الأئمة : إن كانت المرأة تعتد بالأقراء وقد أفلس الزوج ، وحجر عليه ؛

فإنها تضارب بمؤنة السكنى لزمان عاداتها الغالبة - إن كانت لها عادة - .

(١) في الأصل : عندها .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

ونحن نفصل ذلك ، فنقول : إن كانت من ذوات الشهور ، فمبلغ ما تضارب به أجرة ثلاثة أشهر ، وإن كانت من ذوات الأقراء وعادتها مختلفة ، فإنها تضارب بأجرة أقل ما يتصور انقضاء العدة به .

وإن كانت لها عادة مستقيمة ، فظاهر المذهب أن مضاربتها تقع باعتبار زمان عادتها .

وذهب بعض أصحابنا إلى أنها تضارب بالأقل أخذاً باليقين ، ولا تعويل على العادة ، وهذا ضعيف ، وقد ينظر المبتدئ إليه فيهِشُّ إليه مستمسكاً باليقين ، وهذا باطل / ؛ فإننا لسنا نسلم ما تضارب به إليها ، ولا نسلطها على التصرف فيه ، بل نتركه ٢٣٤ ي عتيداً موقوفاً ، وقد ذكرنا أن الوقف مهيأ لمظنة الإشكال ، فلا معنى للاقتصار على الأقل ، ولولا أنا لا نجد مردداً ، لو جاوزنا العادة ، لكان نظرنا في مجاوزتها ، من جهة أن الغرماء يتسلطون على ما يسلم إليهم ، والقدر الذي نَقَفُه لا نضيّع فيه حقاً ، بل نرتقب ما يكون ، ولكن ليس وراء العادة مردداً .

ولو كانت معتدة بالحمل ، فالمذهب أنها تضارب بمؤنة السكنى في تسعة أشهر ، فإن هذا هو الغالب الذي إليه الرجوع ، وذهب بعض أصحابنا إلى أن المضاربة تقع بمؤنة السكنى لمدة ستة أشهر . وهذا المسلك ضعيف في الأقراء ، كما ذكرناه ، وهو على نهاية الضعف في الحمل ؛ فإن الستة الأشهر مدة وضع الحمل الحي المستقل ، ونحن نقضي بانقضاء العدة إذا أجهضت جنيئاً بدأ التخطيط فيه ، فينبغي أن يكون الأقل المعتبر مناسباً [لغرض] ^(١) انقضاء العدة ، لا لبقاء الولد ، ولا ضبط للأقل الذي يحصل الانقضاء به .

فإن قيل : بناء الفصل على أن الوقف لا يستدعي يقيناً ، فهلا وقفتم المؤنة ، أم هلا ضاربتم بالمؤنة لأربع سنين ؟ قلنا : هذا لم يصر إليه من الأصحاب صائر ؛ من جهة أنه على نهاية البعد ، وتنقض العصور والمئون من السنين ولا يبقى حمل أربع سنين ، وهذا يناظر لو قيل به مجاوزة العادة مع النظر في سن اليأس ؛ أخذاً بإمكان التباعد .

(١) في الأصل : لفرض .

٩٨٤٧- هذا منتهى الكلام في هذا الغرض ، [ويُبنى^(١)] عليه سؤال يرتبط به الفصلان في إشكالٍ مع الجواب عنه ، فإن قيل : المضاربة بالمؤنة إذا لم يكن للزوج مسكن مملوك ، وقلتم إذا كان للزوج مسكن مملوك ، فالمرأة تُقدّم بحق السكنى ، ويؤخر حقوق الغرماء .

قلنا : الفرق بين الأصلين أنه إذا كان للزوج مسكن مملوك ، فهو متعين لسكنى العدة ، والمرأة فيه مختصة به اختصاص المرتهن بالعين المرهونة . والحقوق المتعلقة بالأعيان مقدمة على الديون ، وإذا لم يكن للنكاح مسكن متعين ، فإنما يتعلق حقها بمؤونة مُطلقة ، سبيلها سبيل الديون التي تلزم الذمم ، فجرت المضاربة على نحو ما ذكرناه .

فإن قيل : قد قدمتم فيما أسلفتم تردداً في تقديم حقوق الله تعالى على حقوق الآدميين ، وفي عكس ذلك ، فهلاً قلتم : مؤنة السكنى في العدة من حقوق الله ؟ قلنا : هذا خيال لا أصل له ؛ فإن حق الله السكون ؛ إذ لو تبرعت هي وبذلت المؤنة من مال نفسها ، لكان ذلك ممكناً .

٩٨٤٨- وتمام البيان في الفصل أن المرأة إذا كانت معتدة بالأقراء ، وكانت معتادة ، لها عادة مستقيمة ، فلو زعمت أن عدها انقضت بدون العادة ، وقبلنا قولها ، فالفاضل من هذا القدر إلى تمام عاداتها مردود على الغرماء .

وإن زعمت أن عاداتها زادت على ما عهدته ، فأحكام العدة باقية عليها ، وذكر ش ٢٣٤ العراقيون/ ثلاثة أوجه في أنها هل تضارب بمزيد في مقابلة ما ادعته من الزيادة ، وجمعوا إلى الأقراء الحمل ، وطرّدوا فيها الأوجه : أحدها - أنها لا تستحق مزيداً أصلاً ، وقد انحسم الباب بما تقدم ؛ إذ لو فتحنا هذا ، لقدّرنا مزيداً على ما ذكرت إلى غير ضبط ، وقد تدعي تباعد الحيضة ، ونقع في أمر لا ينفصل .

والوجه الثاني - أنها مصدّقة تستحق المضاربة بما ادعته ؛ إذ النسوة مصدقات فيما يتعلق بانقضاء العدة .

(١) في الأصل : فيبنى .

والوجه الثالث - أن ذلك إن كان في الحمل ، وزعمت أنها حاملٌ بعدُ ، فإنها تضارب ؛ إذ للحمل أمرٌ محدودٌ على حال .

وإن كانت من ذوات الأقراء ، فلا تستحق مزيداً ، فإننا لا نجد في الأقراء مرجعاً إلا إليها ، وتصديقها في ذلك يُفضي إلى إثبات مغارمٍ عظيمةٍ بعيدةٍ عن الإمكان .

وهذا الذي ذكره فيه إذا لم يعترف الغرماء بتصديقها ، فأما إذا اعترفوا بتصديقها ، فلا شك أنها تضارب بالمزيد ، وتسترد من الغرماء حصة تلك الزيادة .

وحقيقة هذه الأوجه آيلة إلى أنها إذا ادعت مزيداً هل تصدق ؟

٩٨٤٩- ولو لم تكن المسألة مفروضةً في [الإفلاس]^(١) وضيق المال ، وقد طلق الرجل امرأته ، وجرت في العدة ، فالزوج يُسكنها على حسب ما ذكرناه ، فلو كانت لها عادة ، فادعت مزيداً على العادة ، فالذي يدل عليه كلام الأصحاب أنها تُصدَّقُ هاهنا وجهاً واحداً بخلاف ما ذكرناه .

والفرق أنا إذا قسمنا المال وبيننا المضاربة على أقدارٍ معلومة ، [جرّ]^(٢) ذلك مناقضةً يعسر بعضها ، فكان التردد لهذا السبب ، وهذا المعنى لم يتحقق في حق الزوج ، على أني لا أبعد فيه أيضاً احتمالاً بسبب أنا لو صدقناها ، لتمادت كذلك في دعواها إلى سن اليأس ، وهذا أمر مجحف بالزوج .

وأما ما ذكره من الفصل بين الحمل وبين الأقراء ، فالذي أراه أنهم إن اعترفوا بالحمل ، فالأصلُ عدمُ الولادة قطعاً ، ويتعين [الرجوع إلى نفيها ، وعلى من يشتها الحجة]^(٣) ، وليس من حق هذا أن يدرج في الخلاف مع الأقراء ، حتى يُفرضَ في الحمل والأقراء وجهان مطلقان ، ونُفصِّلَ في الوجه الثالث بينهما . نعم ، إن أنكروا كونها حاملاً أصلاً ، فيتجه حينئذٍ إدراجُ هذه الصور في الخلاف ، وردُّ الأمر إلى التفصيل في الوجه الثالث .

(١) في الأصل : الإتلاف . وهو تصحيف عجيب .

(٢) في الأصل : « جرى » .

(٣) عبارة الأصل : الرجوع إلى نفيها الولاء وعلى من يشتها الحجة .

الفصل الثالث

فمقصوده القول في مساكنة الزوج المعتدة .

٩٨٥٠- فنقول : إذا كانت تعتد في مسكن النكاح ، فليس للزوج مساكنتها ، إذا كانت المساكنة تؤدي إلى المضارة ، والمضارة إنما تُتلقَى من المرافق ، والمرافق التي هي العماد ، وعليها التعويل : بيت الماء ، والمطبخ ، وبئر الماء . هذه المرافق ؛ فإذا اتَّحدت ، فليس للزوج أن يسكن قُطْراً من الدار ، [وإن]^(١) كانت فيحاً متسعة ي ٢٣٥ الأرجاء ؛ فإن المرافق إذا كانت تقع مشتركة / ، فالضرر يتحقق لا محالة ، والتناوب على المرافق [شديداً غير محتمل]^(٢) سيما بيت الماء .

وأما الممر والمجرى إلى خارج ، فلسنا نرعى ذلك - والمعتدة حقها أن تلزم المسكن - فليس الممر من المرافق التي يليق بحال المرأة في العدة .
ولو كان في الدار حجرة منفردة بمرافقها على ما ذكرنا في تفسير المرافق ، وكان الزوج يسكن الحجرة وهي مستقلة بمرافقها ، فالمرأة تسكن الدار أو على العكس ، فهذا ليس بمساكنة ، ولا بأس بما ذكرناه .

٩٨٥١- ومما يتعلق بالمساكنة أنه لا يحل للرجل أن يخلو بالمرأة في العدة ، كما لا يحل له أن يخلو بأجنبية ، وهذا يطرد في الرجعية [اطَّراده]^(٣) في البائنة ؛ فإن الرجعية في حكم التحريم بمثابة البائنة .

ثم فسر الأئمة الخلوة ، فقالوا : إذا اتحدت المرافق ، فلا يحل للزوج سكُون الدار معها ، ولو ساكنها كان خالياً بها . ولو كان معها محرم ، فليس الزوج مستخلياً بها ، ولو كان مع الزوج في الدار زوجةً أخرى ، أو كان معه واحدةً من محارمه ، فليس

(١) في الأصل : إن .

(٢) في الأصل : غير شديد المحتمل . والتصرف من المحقق .

(٣) في الأصل : اطَّرادها .

الزوج مستخليا بالمعتدة ، وإن كانت أجنبية ووقع الفرض فيها من غير عدة ، فلا خلوة ، إذا تصورت المسألة بالصورة التي ذكرناها .

وكذلك لو كان في الدار جارية للزوج ، فلا خلوة ، ولو خلا الرجل بأجنبيتين ، أو مُعتدتين ، أو بجمع من النسوة ، فهذا تردد الأصحاب فيه ، فمنهم من رآه خلوة ؛ فإن كل واحدة منهن بالإضافة إلى الزوج كصاحباتها ، ومنهم من قال : هذا ليس بخلوة ؛ فإن من اجتمع مع نسوة ، فاجتماعهن يمنعه من الإقدام على محذور في غالب الأمر .

وهذا الاختلاف مأخوذ من تردد الأصحاب في أنه إذا اجتمعت نسوة لا محرم معهن . فهل يلزمهن أن يخرجن بأنفسهن إلى الحج ، وأطلق الأصحاب من ذلك قولاً ، فقالوا : إذا اجتمع مع الرجل والمرأة من يحتشمه الرجل ، فلا يكون مستخليا بها ، وتفصيل هذا ما قدمناه .

ولكن ينشأ مما ذكرناه الآن أنه لو كان معهما صغيرة لا تميز أو مجنونة ، فلا معول عليها ؛ فإنها لا تُحتشم ، ولو كان معهما مراهقة مميزة تعقل ، وتصف ، وتذكر ، وتحكي ، [قالوا : ^(١)] ظاهرٌ عندنا أن ذلك يمنع من حصول الخلوة ، والعلم عند الله .

ولو خلا رجلان بامرأة ، فظاهر ما ذكره الأصحاب أن هذا خلوة ، وليس كخلوة الرجل بامرأتين ، ولهذا لم نوجب على المرأة الفردة أن تخرج حاجة مع جمع الرجال من غير زوج ولا محرم ، وترددوا في خروج نسوة مجتمعات مع جمع الرجال .

ومما يتعلق بتمام الغرض في ذلك أن الدار لو كانت مشتملة على حجرة ، فسكنت المرأة حجرة منفردة بمرافقها ، وسكن الرجل الدار ذات المرافق ، نُظر : فإن كانت الحجرة يُغلق بابها ، فإذا فعلت ذلك ، فلا خلوة ، وإن لم يكن للحجرة باب ، وباب الدار مغلق على الدار والحجرة ، فالرجل مستخِلٌ بها ، وإن كان لا يراها/ ، ولو كانت ٢٣٥ ش الحجرة ذات باب له أغلاق وأرتاج ، ولكن مرافقها في الدار ، ولا ثالث ، فالرجل مستخِلٌ بها .

هذا تفصيل الخلوة .

(١) في الأصل : قال . والقائل هم الأصحاب ، فسياق الحديث والحكاية عنهم .

٩٨٥٢- ونحن نذكر بعد ذلك أمرين يتعلق بينهما سرُّ الفصل : أحدهما - الخلوة ، وهي محرمة لله تعالى . والثاني - المضارّة ، والمرعي فيه جانبها ، وبيانه أنه لو ساكنها مساكنةً مستخلٍ عصي ربّه ، وإن رضيت ، ولو كان في الدار من يمنع حضوره الخلوة ، ولكن كانت المضارّة تظهر لاتحاد المرافق ، فهذا يتعلق بخالص حقها ، فإن احتملت هذه المضارّة ، لم يعص الزوج ، وإن أبت ، وجب على الزوج الخروج رعايةً لحقها ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] فاستبان أن المساكنة تشتمل على ما يتعلق بحق الله تعالى ، وهو لا يسقط بالرضا ، وإلى ما يتعلق بحقها . والله أعلم بالصواب

بسم الله الرحمن الرحيم^(١)

٩٨٥٣- إذا^(٢) كان أسكنها مسكناً ضيقاً في النكاح لا يليق بها ، ولكنها احتملته طلباً للألفة ، فلما طلقها أبت أن تبقى ، فالذي ذكره العراقيون أن لها أن تطلب مسكناً ، فليقع البناء على هذا ؛ فإنه ظاهر .

ثم قال العراقيون والقاضي : على الزوج أن يطلب لها أقرب مسكن إلى مسكن النكاح ، ورأوا ذلك حتماً لا يسوغ إسقاطه ، وشبه القاضي ذلك بتفريع لنا على قول نقل الصدقة ، وقال : إذا منعنا نقلها ، فعدم من عليه الزكاة المستحقين في وطن الزكاة ، فعليه أن ينقلها ، ثم إنه ينقلها إلى أقرب المواضع ، وهذا مما قدمت ذكره في نقل الصدقات في كتاب قسّمها .

فالذي أرى القطع به هاهنا أن رعاية القرب من مسكن النكاح لا يجب أصلاً ،

(١) هذه البسملة موجودة في الأصل . وقد تركناها تيمناً وتبركاً .

(٢) كان هنا في الأصل علامة أو عنوان (فصل) ولا معنى له هنا ، فهو ذيل لفرع من فروع الفصل السابق ، ثم إن الإمام ختمه بما يدل على أنه ليس فصلاً مستقلاً ، فقد قال : « وقد انتجز الوفاء بالفصول الثلاثة » أي التي كان وعد بها وقد مضت بموضوعاتها على ما رسم الإمام ، فعُدّ هذا التعليق فصلاً تكون الفصول به أربعة وليست ثلاثة .

وعندي أن هذا من عمل الناسخ ، والظاهر أنه كان قد انقطع فترة ثم لما عاد استأنف بالبسملة وكلمة (فصل) . لا يصح إلا هذا . إن شاء الله .

ولست أرى لهذا متمسكاً في الوجوب ، بل أرى له أصلاً في الاستحباب . نعم ، لا سبيل إلى الخروج من البلدة ، فإنها منسوبة إلى سكن البلدة ، ولو علل من أوجب رعاية القرب بهذا ، لكان أمثل ، ولا أصل له . وقد انتجز الوفاء بالفصول الثلاثة .

فصل في

قال : « وإن كانت هذه المسائل في موته ففيها قولان . . . إلى آخره »^(١) .

٩٨٥٤- وذكر الشافعي إلى هذا الموضع تفصيل القول في مسكن المطلقة في العدة ، واستفتح من هذا الموضع تفصيل مسكن المعتدة عدة الوفاة ، وقد قدمنا اختلاف القول في أنها هل تستحق السكنى أم لا ، ووجهنا القولين بما وقع الإقناع به . فإن قلنا : إنها تستحق السكنى ، فيتعين لسكنائها مسكن النكاح ، كما قدمنا ذلك في المطلقات ، وإن لم يكن للنكاح مسكن ، فالقول في مؤونة السكنى على حسب ما مضى ، وإن فرضت ديون ، فالتركة في حكم مال المفلس المحجور عليه ، ولا معنى لإعادة الفصول .

وإن قلنا : إنها لا تستحق السكنى ، فلو تبرع الوارث وأسكنها مسكن النكاح [أو]^(٢) عيّن لها/ مسكناً ، فهل يلزمها المسكن الذي عينه الوارث ؟
٢٣٦ ي

ما حصلته من كلام الأصحاب أن ذلك إن كان في عدة يترتب وجوبها على شغل الرحم ، فيتعين على المرأة أن تسكن حيث يسكنها الوارث ، وذلك بأن يطلق امرأته ألبتة ، ثم يموت عنها ولا يخلف مالا ، فإذا تبرع الوارث بتعيين مسكن ، لزمها اتباع حكم تعيينه ، إذا لم يكن عليها ضرار من جهة ضيق المسكن .

٩٨٥٥- وإن كانت العدة غير مترتبة على شغل [الرحم]^(٣) كعدة الوفاة ، نُظر : فإن كانت مشغولة الرحم بولد أو تقدير ولد مترتب على وطء ، فالأمر على ما ذكرناه .

(١) ر . المختصر : ٣٠ / ٥ .

(٢) في الأصل : لو .

(٣) سقطت من الأصل .

وإن لم تُزف إليه ، فهي غير مشغولة [الرحم]^(١) إذا كانت الحالة هذه ، ففي هذا ترددٌ للأصحاب : منهم من قال : إذا لم نوجب لها السكنى ، فهي بحكم نفسها ، غير أنه يجب عليها الله تعالى أن تسكن سكون المعتدات ، وذلك إنما يتأكد حقه عند فرض صون الماء وما نحن فيه لا يستند إلى ماء مصون بالعدة .

ومن أصحابنا من قال : مهما تبرع الوارث بتعيين مسكن تعين عليها أن توافقه ؛ فإن الوارث تارة يدعي حرمة الماء ، وتارة يدعي حرمة الزوج الذي منه العدة .

فإن لم يتبرع الوارث ، أو لم يكن له وارث ، فليس للسلطان أن يتبرع بإسكانها من بيت المال إلا أن تحتاج وتفتقر ، ويلزمها الشرع أن تلزم مسكناً ، وهي لا تملك ما يفي بمؤنة المسكن ، فالسلطان يتداركها حسب ما يتدارك المحاويع .

وإن كانت تزني برية^(٢) ، فعلى الإمام أن يحصنها ويعين مسكناً مرقوباً ، وهذا من الأسباب المؤكدة لجواز بذل مال بيت المال ، وقد ذكرنا طرفاً من ذلك في قسم الفيء والغنائم ، وغوائل هذا الفن تتعلق بالإيالة الكبيرة ، ولعلنا نجمع فيها قولاً يشفي العليل ونبدي ما عليه التعويل .

فصل في

قال : « ولو أذن لها أن تنتقل . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٨٥٦- ذكر الشافعي رضي الله عنه ثلاثة فصول ونحن نأتي بها مفصلة ، ونلحق بكل

مسائله ونستعين بالله تعالى .

الفصل الأول

فيه إذا أذن الزوج للزوجة في الانتقال من مسكن قبل أن يطلقها ، ثم يطلقها أو يموت

عنها .

(١) سقطت من الأصل .

(٢) تزني برية : أي يظن بها السوء . والفعل : زنّ مثل ظنّ ، وزناً ومعنى ، تقول : زنته زناً : أي ظننت به خيراً أو شراً ، أو نسبته إلى ذلك ، وفيه قول حسان : حصانُ رزان ما تزني برية (المصباح) .

(٣) ر . المختصر : ٣١/٥ .

٩٨٥٧- ومقصود هذا الفصل فصله بمسائل ، منها : أنها لو انتقلت إلى دارٍ أخرى والبلدة واحدة في جميع مسائل هذا الفصل ، ولا خروج منها ، ولا مسافرة ، فإذا أذن لها في الانتقال ، فانتقلت ، ثم صادفها الطلاق ، لزمها أن تلزم المسكن الذي انتقلت إليه ؛ فإن الاعتبار بالمسكن الذي يصادفها الطلاق فيه . وهذا ظاهر .

ولو انتقلت ببدنها ، وخلّفت أمتعتها ، وأظهرت الانتقال ، ثم كانت تنقل الأمتعة بالخدم أو الأجراء ، فإذا صادفها الطلاق ، وهي في المنزل الثاني ، اعتدت فيه ، ولا اعتبار بالأمتعة ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ، فإنه اعتبر المتاع ، وزعم أنها لو انتقلت ببدنها ومتاعها متخلفاً ، فالاعتبار إذا طلقت بالمسكن الذي فيه أمتعتها .

٩٨٥٨- ومن المسائل أنها بعد ما أذن الزوج / لها في الانتقال لو أجرت تقدّم أمتعتها ٢٣٦ ش إلى المنزل الثاني ، وهي بعد قارة في مسكن النكاح ، فإذا صادفها الطلاق وهي كذلك ، اعتدت في المسكن الأول ، وإن نقلت الأمتعة وعزمته^(٢) ، وأبو حنيفة خالف في هذه الصورة ، وينتظم من مذهبنا في الصورتين أن الاعتبار بالبدن لا بالأمتعة .

ولو قدمت الأمتعة إلى المنزل الثاني ، وخرجت تؤمّ ذلك المنزل ، فصادفها الطلاق في الطريق ، فحاصل ما ذكره الأئمة ثلاثة أوجه : وجهان ذكرهما القاضي ، وزاد العراقيون ثالثاً : أحد الوجوه - أنه يتعين عليها الانتقال إلى الثاني والاعتداد فيه .

والثاني - أنه يتعين عليها الانقلاب إلى مسكن النكاح ؛ فإنها مقرّة على المسكن الأول ما لم تنتقل ، ولم يتحقق الانتقال بعد .

والوجه الثالث - الذي حكاه العراقيون - أنها بالخيار بين المنزلين : للأول حكم الاستدامة ، والثاني حكم الانتقال ، وقد تقلّعت عن المسكن الأول بالانفصال عنه ، وإذا تقابل هذان الوجهان ، أنتجا تخييراً .

والذي يغمض في هذا الفصل أن الزوج لما أذن لها في الانتقال لو أخذت تنقل الأمتعة بنفسها ، فتمرّ وتجيء ، وهي في ذلك لا تقصد بكل خرجة ألا تعود ، ولا بكل

(١) ر . فتح القدير : ١٦٦/٤ .

(٢) كذا : ولعل المعنى وعزمت الانتقال .

٢٣٢ _____ كتاب العدة / باب مقام المطلقة والمتوفي عنها زوجها
دخلة أن تقيم في المنزل الثاني ، غير أنها كانت تصحبُ الأمتعة ، أو كانت تنقلها
بنفسها ، فكيف السبيل ؟ وما الوجه ؟

قال الأئمة رضي الله عنهم : إذا انتقلت وقصدت الانتقال ، ثم عادت إلى المسكن
الأول لنقل متاع ، فصادفها الطلاق ، فهي مضافة إلى المنزل الثاني ، فلتعتدّ فيه ،
وهذا مفروض فيه إذا دخلت المنزل الثاني دخول منتقلة ، غير أنها خرجت وعادت إلى
الأول لغرض النقل .

فأما إذا لم تُنجز بعدُ الانتقال ، ولكن كانت في ترددٍ قاصرة حركاتها على نقل
المتاع ، فهذا محل قصد النظر .

والرأي المبتوت أنها إذا كانت كذلك ، فصادفها الطلاق في المنزل الثاني ، فلا
شك أنها تعتدّ فيه لاجتماع معنيين : أحدهما - كونها في الدار حساً ، والآخر - أنه محلّ
قرارها ، ولم يبق عليها شغل إلا نقلُ أمتعة ، فيلحق هذا بتنجزها قصد الانتقال ،
واعتقادها أنها انتقلت ، وعليها شغل ستردد فيه .

ولو صادفها الطلاق وهي في المنزل الأول ، وقد اتفق لها دخلة أو دخلات في
النقل ، فهذا فيه احتمال : يجوز أن يقال : يُعتبر مكان المصادفة ؛ فإنها لم تُنجز بعدُ
قصد الانتقال ، ويجوز أن يقال : يتعين للاعتداد بالمنزل الثاني ، فإن ما يُصور تأخير
من قصد الانتقال تكلف ، وإذا دخلت ذلك المنزل مرةً ، لم يبق عليها أمرٌ إلا نقل
الأمتعة ، فهذا ما نراه .

وفقه هذا الفصل في تفصيل المسائل ، وتبيين البعض منها عن البعض . هذا فصل
من الفصول الثلاثة .

الفصل الثاني

في الإذن في المسافرة

ي ٢٣٧ ٩٨٥٩- وهذا الفصل ينقسم / قسمين : أحدهما - الإذن في المسافرة من غير نُقْلة .

والثاني - في الإذن في المسافرة والنقْلة .

فاما القسم الأول - فإذا أذن لامرأته في المسافرة من غير نُقْلة ، فالسفر لا يخلو إما

أن يكون سفرًا متعلقًا بغرض صحيح ، وإما أن يكون غير متعلق بغرض ، ومن جملة ذلك سفرُ التزهُة . فأما ما يتعلق بالأغراض الصحيحة ، فكسفر التجارة ، وسفر الحج ، وسفر الزيارة المستحبة في الدين ، فإذا أذن الزوج في السفر لغرض مما ذكرناه ، أولغرض آخر سواه .

فأول ما نذكره أن الشافعي قال : « لو طلقها الزوج بعد ما فارقت المنزل ، لم ترجع » فذهب الأكثرون من الأصحاب إلى أنه أراد بمفارقة المنزل مفارقة البلدة ، وذهب شاذية من الأصحاب إلى حمل ذلك على مفارقة مسكن النكاح ، وإن كانت في خِطة البلدة ، وأضيفَ هذا إلى الإصطخري ، فحصل قولان : أظهرهما - أن المرعي مفارقة خِطة البلدة ، وذلك أن البلدة محلُّ سكونها من طريق النسبة الكلية ، كما أن منزلها محلُّ سكونها ، والدليل عليه : أنه لو لم يكن للنكاح مسكن متعين ، تعينت البلدة ، ولم يسع الخروج منها ، فاتضح أن الشرع يعيّن البلدة ، كما يعيّن المسكن إن كان للنكاح مسكن ، فاتجه اعتبار مفارقة البلدة .

ومن قال : الاعتبار بمفارقة مسكن النكاح ، احتج بأنه إذا كان للنكاح مسكن متعين ، فحكم السكنى مقصور عليه ، فإذا تعدته ، كفاها ذلك . وأيضاً ، فإنها إذا فارقت مشمرة مبرمة عزمها ، وقد تكون باذلة مالا في أهبها ، فتكليفها الرجوع إضرار بها .

التفريع : ٩٨٦٠- إن اكتفينا بمزايلة مسكن النكاح ، فلا كلام .

وإن اعتبرنا مفارقة الخِطة ، فضبط هذا القول أنها متى صارت إلى مكانٍ إذا انتهى المسافر إليه ، ترخص ترخص المسافرين ، فقد فارقت ، وتفصيل ذلك فيما استقصيناه في موضعه من كتاب الصلاة .

ثم من الأسرار التي يجب التنبيه لها أن الزوج إذا أذن لزوجته في الخروج من مسكن النكاح إلى دارٍ في البلدة ، لا على قصد الانتقال ، فإذا لحقها الطلاق ، فحقُّ عليها أن ترجع إلى مسكن النكاح ، وإن كان عليها في تلك الدار شغل يضاهي التجارة في حق المسافر ، وإذا أذن لها في الخروج للتجارة وخرجت - على ما فصلنا معنى الخروج -

فلها أن تمر على وجهها [آمة]^(١) إلى تحصيل الغرض .

فهذان أصلان اتفق الأصحاب عليهما . والفارق أن الخارجة للسفر متقلقة عن الوطن ، ملابسةً أمراً له وقع في المعاش ، ويعسر النزول عنه ، [وفل]^(٢) العزم فيه ، فسوغ الشرع التماذي .

وأما التردد في البلدة الواحدة من دار إلى دار ، فهينٌ وليس من الأشغال الخطيرة .

٩٨٦١- فإذا تقرر في العقد^(٣) ما نبهنا عليه ، قلنا بعده : إذا لحقها الطلاق ، أو بلغها خبر الموت بعد مفارقة البلدة ، انطلقت لشأنها ، فإذا انتهت إلى مقصدها ، قضت حاجتها من التجارة أو غيرها من المآرب ، ولا بأس عليها ، وإن طال الزمان ، ونقصت العدة ، إتماماً لما همّت به وبنته على إذن الزوج .

ش ٢٣٧

ولو انتجرت حاجتها ، لم تعرج ، ولم تقف / ، بل تنقلب إلى مسكن النكاح ، إذا كانت تعلم أنها تدرك من بقية العدة زماناً تمكث فيه في مسكن النكاح ، وإن علمت أنها بعد نجاز شغلها لو رجعت ، لانقضت عليها العدة وهي في الطريق ، فقد ظهر اختلاف أصحابنا في هذا : فمنهم من قال : يلزمها أن تقيم في بلدة الغربة ، فإنها إذا علمت أنها لا تنتهي في بقية العدة إلى مسكن النكاح ، فالسكون أوفق وأليق وهو أستر لها من السفر .

ومن أصحابنا من قال : ترجع ، فإن انقضت عدتها في الطريق ، فلا حرج عليها .

وهذا لا أعرف له وجهاً ، فإنها إذا قطعت بأنها لا تنتهي إلى مسكن النكاح ، فقصدتها المسكن قصداً لا مقصود له . نعم ، إذا جوّزت أن تنتهي إلى المسكن لو وفقت لها وفاق ، وجوّزت على حكم [الاعتیاد]^(٤) خلاف ذلك ، فيجوز تقدير الخلاف

(١) في الأصل : تامة . والمثبت من المحقق . وهذا اللفظ (آمة) - بمعنى قاصدة - استفدناه من عبارة أخرى لإمام الحرمين في مسائل عبد الحق الصقلي .

(٢) في الأصل : وقل (وفل أي حلّه وصرّفه ، وهو معطوفٌ على (النزول) أي يعسر فك العزم وصرّفه والنزول عن الأمر الذي دخلت فيه) .

(٣) أي إذا اعتقدت ووعيت ما نبهنا عليه .

(٤) في الأصل : الاعتبار .

ها هنا ، ولكن ذلك الوجه الذي حكيناه على تثبت في نقله وجدناه مشهوراً للأصحاب في الطرق ، فلم نرَ تركه .

ولو انتجرت حاجتها قبل ثلاثة أيام ، فلها أن تستتم المكث ثلاثة أيام ؛ فإن هذا المقدار في حكم السفر أثبتته الشرع مدة ليتأهب^(١) لعدة السفر ، وليس معدوداً من الإقامة ، وإن انتجرت حاجتها في ثلاثة أيام فصاعداً ، لم تعرج إلا أن لا تجد رفقة ؛ فإننا لا نكلفها أن تغرر بنفسها . بل ، لا نكلفها أن تتحمل مشقة ظاهرة خارجة عن حد الاقتصاد في الاعتیاد ، وإنما يطلب منها ألا تعرج ولا تُقصر^(٢) ، فأما أن تتكلف مشقة ، وتصادم غرراً ، فليس عليها ذلك ، وسنخرج في هذا قولاً بالغاً يقرب من التحديد ، وإن لم يكن في محل التحديد .

هذا إذا كان سفرها متعلقاً بغرض صحيح من الأغراض .

٩٨٦٢- فأما إذا لم يكن متعلقاً بغرض صحيح ، فأول ما نذكره : أنها إذا بلغت المحل المقصود وكان الزوج أذن لها في أن تقيم في ذلك المحل عشرة أيام ، فهل لها أن تستوفي المدة المذكورة أم يتعين عليها أن ترجع إلى مسكن النكاح ؟ فعلى قولين : أحدهما - يجوز لها أن تستوفي تلك المدة جريئاً على موجب الإذن . وهذا التوجيه عندنا خطأ .

والوجه أن نقول في توجيه هذا القول : إذا وطئت نفسها على الإقامة وتهيأت لذلك ، فلو كُلفت قطع غرضها ، فقد يتعطل عليها أهبّ وأسباب كانت هيأتها للإقامة ، كالمطاعم ، وما في معانيها ، فهذا هو الذي يؤجّه هذا القول به ؛ فإن إذن الزوج - على تفصيله - ينقطع بالطلاق ، ويرتفع أثره بالكلية ؛ فإن إذنه إنما يؤثر ما استمر حكمه على الزوجة ، ولهذا المعنى نقول : إذا خرجت متجرة ، فإنها تمتد في الجهة التي خرجت فيها ، وليس امتدادها معللاً ببقاء الإذن ، وإنما تعليله بما ذكرناه الآن .

(١) « ليتأهب » : أي المسافر .

(٢) عرج بالمكان أي نزل به ، ووقف عنده (معجم ومصباح) والمعنى لا تتلبّث ، ولا تتمهل ، ولا تقصر في التأهب للرجوع .

هذا أحد القولين .

والقول الثاني - أنها تقطع تلك المدة ، وتشمر للانصراف جهدها ، وهذا القائل يعلل بخفاء الغرض في الخروج للنزهة والإقامة لها ، ويزعم أنه لا يظهر/ في قصد التنزه تصميم على شغل به احتفالاً ومبالاة ، فليس في قطع المدة ضراراً أصلاً ، فتعين قطعها لذلك .

قال القاضي ، وصاحب التقريب : إذا بلغها خبر الطلاق وهي مارة في صوب النزهة ، فهل يتعين عليها الانصراف حيث بلغها الخبر ؟ هذا يخرج على القولين المذكورين فيه إذا بلغها الخبر في أثناء المدة . فإن قلنا : عليها أن تقطع المدة ، فإذا بلغها خبر الطلاق أو الوفاة ، لزمها الانصراف ؛ فإنها ليست على غرض صحيح ، وإن قلنا : لا يجب قطع المدة ، بل يجوز استيفاؤها ، فيجوز الامتداد في الصوب المقصود وقضاء الوطر منه على حسب ما كان يجوز لو استمر النكاح ولم يطرأ فراق .

٩٨٦٣- ومما يتصل بما نحن فيه أنها لو كانت مأذونة في الزيارة ، فقد ذكرنا أن سفر الزيارة من الأسفار المتعلقة بالأغراض الصحيحة ، فعلى هذا إذا بلغها خبر الوفاة أو الطلاق في أثناء الطريق ، انطلقت ومرت على وجهها ممتدة إلى [الزيارة]^(١) التي أنشأت السفر لها بخلاف سفر النزهة ، فإننا ردّدنا فيها القول . وسفر الزيارة في هذا المعنى بمثابة سفر التجارة .

ولو كانت بلغت موضعها والزوج قد أذن لها في أن تمكث عند من طلبت زيارته أياماً ؛ فإذا بلغها خبر الطلاق ، فهل يجب عليها قطع تلك المدة والتشمير للانصراف ، فعلى قولين كالقولين في السفر للنزهة .

والسبب فيه أن الزيارة إمام وتجديد عهد ، فكل ما يزيد على ذلك يتصل بقياس النزهة ، وقد ذكرنا أن السفر إذا كان سفر نزهة ، ففي الانصراف قبل استيفاء المدة وفي الرجوع من وسط الطريق قولان ، فسوّينا بين قطع المدة وبين قطع السفر ، وفي سفر

(١) في الأصل : زيارة .

الزيارة قطعنا بأن لها أن تمتد في زيارتها قولاً واحداً ، ورددنا القول في استيفاء المدة ، ونحن في ذلك كله نتبع المعنى دون الصُّور .

فأما التجارة ، فالمرعي حصول الغرض فيها ، فإن أذن لها في التجارة وفي الإقامة أياماً بعد انتجاز الغرض ، فإذا حصل الغرض وبلغ خبر الوفاة أو الطلاق ، فيخرج القولان .

فهذا تحصيل القول في السفر الذي ليس سفر نُقْلَة ، وقد استوعبنا بما ذكرناه القول في أحد القسمين .

. ٩٨٦٤- وأما القسم الثاني - وهو أن يأذن لها في سفر النقلة ، فإذا خرجت وانتهت إلى المحل الذي إليه الانتقال ، ثم بلغها الخبر ، فلا تبرح حتى تنقضي العدة ، والبلدة التي انتقلت إليها بمثابة مسكن تنتقل إليه بإذن الزوج قبل لحوق الطلاق .

وإن خرجت من بلدة النكاح ، ولم تنته إلى البلدة التي إليها الانتقال ، فماذا تصنع إذا بلغها الخبر عن الطلاق أو الوفاة ؟ فعلى وجهين ذكرهما القاضي : أحدهما - أنه يلزمها المضي على وجهها إلى الموضع المعين ؛ لأن بلدها الذي هو مقصود سفرها محل سكونها ؛ من جهة أن ما كان محلاً للسكون فقد تقلعت عنه ، وانقطع حكمها عن سكناه ، والبلد الذي بين يديها محل سكناها في قصدها .

والوجه الثاني - أنه يجب عليها أن ترجع إلى مسكن النكاح ، وذلك أن الطلاق لحقها قبل أن تلبس بتوطن الموضع المقصود ، فلترجع إلى مسكن / النكاح ، بناء على ٢٣٨ ش الاستدامة ، ويخرج في حقها الوجه الذي حكيناه عن العراقيين في التخيير ، والبلدتان في سفر النقلة إذا توسطتهما بمثابة المسكنين في البلد الواحد إذا خرجت من المسكن الأول ، وأمت^(١) الثاني على قصد الانتقال .

ومما يجب التنبه له في هذا المقام أن الزوج لو كان أذن لها في أن تخرج إلى دار

(١) وأمت : أي قصدت . قلت : الحمد لله ؛ جاءت هذه الكلمة لتؤكد صحة تغيير كلمة الأصل ، ووضعها مكانها منذ صفحات ، فقد ثبت صحة قولنا : إن هذه اللفظة من معجم الإمام ومفرداته .

٢٣٨ _____ كتاب العدة / باب مقام المطلقة والمتوفي عنها زوجها
أخرى لتنزه أو غيره ، وكان أذن لها في أن تقيم أياماً ؛ فإذا طلقها ، رجعت إلى مسكن
النكاح ، بلا خلاف ، ولو فرض مثل ذلك في سفر النزهة ، ففي الرجوع قبل استيفاء
المدة الخلاف الذي قدمناه .

والفرق في ذلك أن الانتقال من دار إلى دار لقصد الزيارة ليس من الأشغال التي
يبالي بها ، وليس في قطع المدة - إذا لم يكن سفر - ضرار ، وقد يتصور في قطع السفر
وقطع المدة المأذون فيها تفاوت في ترتيب المعاش وتعطل في المطاعم ، فهذا هو
الذي أوجب الفرق .

فأما إذا فرض الانتقال ، فهو أمر مقصود يُحمل على غرض صحيح ، ولا فرق في
ذلك بين مسكنين في بلدة واحدة وبين بلدين أو قريتين ، فغرض الانتقال يقرب في
ذلك ، والعلم عند الله عز وجل .
فهذا ما أحببنا التنبيه عليه .

٩٨٦٥- ويتصل بهذا المنتهى أن الزوج إذا أذن لزوجته في الاعتكاف عشرة أيام
تباعاً ، فشرعت في الاعتكاف ، ثم لحقها الطلاق ، فهل يلزمها أن تقطع الاعتكاف
وترجع إلى التربص في مسكن النكاح ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنها تستوفي
ما شرعت ؛ فإنها لا بست اعتكافاً مفروضاً ، وبنته على إذن صحيح ، ونحن نجوز أن
يمتد - من جهة - سفرها إذا كان السفر متعلقاً بغرض صحيح حتى لا يلحقها ضرر ، فلا
نكلفها أن تقطع فرضاً شرعت فيه .

والقول الثاني - أنها تقطعه ، فإن لزوم العدة ورعاية شرائطها أثبت ؛ من جهة أنها
تلزم شرعاً ، والاعتكاف المنذور مما [يُدخله] ^(١) الناذر على نفسه ، فلا يبلغ تأكده مبلغ
تأكد ما يجب شرعاً ، وجوباً لا دفع له .

ومما يجب ذكره في هذا المقام أن قطع مدة العبادة الواجبة مع اتحاد البلد من غير
فرض سفر خرج على قولين خروج المدة المضروبة للنزهة في السفر .

ويتبين للإنسان بهذه المسائل افتراق الحضر والسفر ، والأمر دائر في ذلك كله على

(١) في الأصل : يدخلها .

كتاب العدة / باب مقام المطلقة والمتوفي عنها زوجها _____ ٢٣٩
مأخذ واحد ، وهو النظر إلى الأغراض وتأكيدها .

٩٨٦٦- ثم لا يتبين حاصل ما ذكرنا الآن إلا بالتفريع : فإن قلنا : إنها تقطع
الاعتكاف ، وتتربص في مسكن النكاح ، فإذا انقضت العدة ، فهل يُحكم بأنها تبني
على ما مضى من الاعتكاف ، أم تستأنف ؟ فعلى قولين قدمنا ذكرهما في كتاب
الاعتكاف ، وذكرنا أمثلة هذا الفن .

والذي أراه في ذلك أن القولين في أنها هل تقطع الاعتكاف مأخوذان من القولين في
أن التابع هل ينقطع ؟ فإن قضينا بأن التابع لا ينقطع ، لزمها العود إلى مسكن النكاح ،
حتى إذا انقضت العدة ، عادت إلى معتكفها ، وبنت / على ما مضى ، وإن حكمنا ٢٣٩ ي
بانقطاع التابع ، فالأشبه أن لا يلزمها الرجوع إلى مسكن النكاح ؛ فإن ذلك إحباط
ما تقدم من اعتكافها ، ونحن نجوز للمعتدة أن تخرج من مسكن النكاح في أوطار لها
وحاجات لا تبلغ مبلغ الضرورة .

هذا حاصل القول في هذه الفصول .

٩٨٦٧- ثم لما ذكر الشافعي سفر التزهة والنقلة ، نقل المزني عنه لفظةً واختلفت
الرواية فيها ، قال : قال الشافعي : « لا تقيم في المصر الذي أذن لها في السفر إليه ،
إلا أن يكون أذن لها فيه ، والنقلة إليه ، فيكون ذلك عليها »^(١) وفي بعض النسخ
« فيكون ذلك لها » . والروايتان صحيحتان ، فمن قرأ : « فيكون ذلك عليها » رجع به
إلى مسألة النُّقْلة ؛ فإن مصابرة المكان المنتقل إليه حتم ، كما قدمناه .

ومن قرأ « فيكون ذلك لها » صرف ذلك إلى « ما أذن لها في مقام مدة » فيكون هذا
أيضاً على أحد القولين .

وقد انتجز الغرض في هذه المعاني .

٩٨٦٨- وذكر الشافعي بعد عقد هذه الأصول مسائل مقصودة في أنفسها وهي تبين
القواعد السابقة ، فمما ذكره أن المرأة إذا خرجت مسافرة مع الزوج ، فطلقها أو مات
عنها في أثناء الطريق ، لزمها أن ترجع على أدراجها إلى مسكن النكاح ، فتعتد فيه ،

(١) ر . المختصر : ٣٢ / ٥ . وعبارة النسخة التي معنا من المختصر : « فيكون ذلك عليها » .

ولا نقول تتمادى إلى مقصدها ، بخلاف ما لو أذن لها الزوج في سفر يلحقها الطلاق في أثناءه ، والفرق أنها إذا خرجت مع زوجها ، فسفرها منوط بصحبته ، فقد انقطعت الصحبة ، وما خرجت مستقلة ، فوقع الطلاق بمثابة انتهاء السفر .

وإذا خرجت بنفسها لغرض لها ، وقد تأهبت ، فتتضرر بقطع ما همت به .

ومما ذكره أنها إذا أحرمت بإذن الزوج ، ثم طلقها ، فإن كان الوقت ضيقاً ، خرجت وأنشأت السفر ، وإن كان الطلاق لحقها وهي بعد مقيمة ؛ فإن التحلل من الإحرام غير ممكن ، وتكليفها مصابرة الإحرام صعب لا يحتمل ، وبدون ذلك يجوز لها مفارقة مسكن النكاح ، وإذا ضاق الوقت ، فينضم إلى ما ذكرناه أنها لو صابرت فاتها الحج .

وإن اتسع الوقت أو كانت محرمة بعمره ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك : فمنهم من قال : يلزمها ملازمة مسكن النكاح إلى انقضاء العدة ؛ إذ ليست على خشية من الفوات والعدة ناجزة لا تقبل التأخير .

والوجه الثاني - وهو الذي اختاره القاضي وقطع به ، أن لها أن تخرج ، فإن مصابرة الإحرام مع ما فيه من وجوب التوقي عن أخذ الشعر والظفر واجتناب الطيب صعب ، وفيه تعرض لالتزام مغارم كثيرة ، وقد ذكرنا أنا بدون ما أشرنا إليه يجوز مفارقة مسكن النكاح .

ولو كان الزوج أذن لها في الحج ، فلم تخرج ، فطلقها ، فأحرمت بالحج ، وقد لحقها الطلاق في الحضر ، فلا ينبغي لها أن تخرج ، فلا حكم للإذن المتقدم ؛ فإنه ينقطع أثر إذن الزوج بالطلاق . نعم ، إذا خرجت تؤم البيت ، فطلقها ، فلها أن تستدّ على وجهها ، والذي ذكرناه فيه إذا لحقها الطلاق قبل أن تخرج .

ش ٢٣٩ وقد قدمنا فيما مضى / معنى الخروج ، فإنه مفارقة خطه البلدة ، ومفارقة مسكن النكاح .

ثم ذكر الشافعي مسائل في حج النسوة وأنهن متى يخرجن ، ومتى يلزمهن الخروج إلى الحج ، وقد قررنا هذه المسائل في موضعها من كتاب الحج ، وقد انتهى المقصود من الفصلين .

الفصل الثالث

يتعلق بالخلاف بين الزوجين نصفه ونذكر ما فيه

٩٨٦٩- إذا طلق الرجل امرأته ، وكانت في دارٍ غير دار الزوج ، واختلف الزوجان : فقال الزوج : لم أنقلك ، فارجعي إلى بيتي للعدة ، وقالت : بل نقلتني !! نص الشافعي فيما نقله المزني على أن القول قولها ، وحكى المزني في الجامع الكبير عن الشافعي أنه قال : لو وقع هذا الاختلاف مع الوارث بعد موت الزوج ، فقالت : نقلني أبوك . وقال الوارث ، لم ينقلك ، فالقول قول الوارث ، وهذا يخالف ما نقله هاهنا .

وترتيب المذهب في ذلك أنهما إذا اتفقا على أنه قال لها : اخرجي مسافرة : إذا كان الاختلاف مفروضاً في قريتين أو بلدين ، فالقول قول الزوج في حياته ، والقول قول الوارث بعد وفاته ؛ فإن الإذن باتفاق مفروض في التقييد باتصاف المرأة بالمسافرة .

ولو قال لها : انتقلي إلى تلك القرية أو إلى المسكن الآخر ، ثم اختلفا ، فالقول قولها لا محالة .

ولو قال : اخرجي ، أو سيري ، أو اذهبي ، على الإطلاق : من غير تقييد بسفر ، ولا انتقال ، فإذا فرض الاختلاف ، ففي المسالة قولان : أحدهما - أن القول قول الزوج أو الوارث ؛ فإن الأصل عدم الإذن في الانتقال ، ولو كان أصل الإذن متنازعا فيه ، لكان القول قول الزوج ، فكذا إذا فرض التنازع في صفة الإذن .

والقول الثاني - أن القول قولها ، لأن الإذن محتمل ، والظاهر معها ؛ فإن الطلاق صادفها وهي كائنة في تلك الدار ، وهذا يحل محل اليد في الخصومات ، فكما يجعل القول قول صاحب اليد ، فكذا يترجح جانبها لكونها في الدار الثانية .

٩٨٧٠- ومما يتم به بيان الفصل أن كلام الأصحاب يشير إلى أن الزوج لو أنكر أصل الإذن وادعته المرأة ، فالقول قول الزوج ، وإنما ذكروا القولين فيه إذا كان أصل الإذن

ثابتاً والخلاف راجعاً إلى صفته ، ولا يبعد تقدير خلاف إذا كان أصل الإذن متنازعا فيه ، بناء على ما لو فرض نزاع بين المالك وبين صاحب اليد في الإعارة ، وقد قدمنا ذلك في كتاب العارية ، والأصل تصديق من ينكر أصل الإذن ، ثم وها هنا .

فصل في

قال : « وتتوي البدوية حيث ينتوي أهلها . . . إلى آخره »^(١) .

٩٨٧١- البدوية إذا مات عنها زوجها أو طلقها ، وكانت بين قوم سيّارة ينتجعون ويتبعون مواقع [القطر] ،^(٢) لا يلزمون مكاناً واحداً ، فإنها تنتقل معهم حيث انتقلوا ، وتعتد على انتقالها ، وذلك في حقها بمثابة لزوم مسكن النكاح في حق الحضرية .

وإن كانت بين قوم لزموا موضعاً لا يطعنون عنه شتاء ، ولا صيفاً ، فإنها تلزم ي ٢٤٠ لزومها ولا تخرج / ، كما لا تفارق الحضرية مسكن النكاح .

وسر هذا الفصل أن انتقالها معهم لا يكون كلزوم مسكن النكاح ، حيث [يفرض]^(٣) للنكاح مسكن في موضع إقامة ، ودليل ذلك أنها لو انتهت في ممرها إلى قرية وأرادت أن تقيم بها ، جاز ، وليس لها الانتقال من مسكن النكاح إلى غيره ، فلا يعتقّدن الفقيه أن مسايرتهم تلزمها ، ولكن يجوز لها اختيار مسايرتهم ؛ حتى لا تستوحش بمفارقتهم ، وإلا فليس الكون معهم لزوم موضع ، فيلزم .

وليس هذا كما لو خرجت لتنتقل ؛ حيث يثبت لها الانتقال ، فلو لحقها الطلاق في الطريق ، فأرادت أن تمكث في بلدة في وسط الطريق لتنقضي عدتها ، لم يكن لها ذلك ؛ فإنها خرجت عن مسكن بانية أمرها على مسكن آخر ، فقد لحقها الطلاق على حالة ، فتلزمها ، وتلك الحالة تُفضي إلى محل انتقال وتوطن .

وأحوال البادية لا تنتهي إلى توطن قط ، وكل ذلك متفق عليه منصوص

للأصحاب .

(١) ر . المختصر : ٣٣/٥ .

(٢) في الأصل : النظر .

(٣) في الأصل : يفوض .

٩٨٧٢- ومما يتعلق بذلك أن أهلها لو رحلوا وأقام [الأجنب]^(١) ، فإن كانت آمنة لو أقامت واختارت المقام ، فلها ذلك ، فإن الإقامة أليقُ بصفة المعتدة ، وإن كانت لا تأمنُ ، فحقُّ عليها أن ترحل مع الراحلين ، وإن أمنت ، ولكن كانت تستوحش بمفارقة الأهل ، فظاهر المذهب أنها بالخيار : إن شاءت أقامت مع المقيمين ، وإن شاءت ظعنت مع الظاعنين ، وجواز الظعن لما ينالها من الوحشة .

ولا خلاف أن أهل المرأة المعتدة لو رحلوا عن البلدة ، لم يكن لها أن ترحل وتفارق مسكن النكاح ، وذلك أن إقامتها مع المقيمين في البادية ليست إقامة على الحقيقة ، ولذلك لم يوظف عليهم الجمعة ، والبلدة محلٌّ للإقامة ، فلا يجوز مزايلتها لوحشة ، ولا يبعد أن يقال : يتعين عليها الإقامة في مخيم المقيمين التزاماً لسكون المعتدات ؛ فإن النقلة في النسوان تناقض التستر .

ولا خلاف أنه لو أقام أهلها ، لم يكن لها أن تنتقل وتفارق المخيم .
هذا تمام القول في أحوال البادية .

ولو خرج أقاربها ليعودوا على قرب ، فلا ينبغي أن تخرج معهم ، وليس لها أن تخرج معهم ؛ فإن ما اعتمده جمهور الأصحاب من الوحشة لا يتحقق هاهنا .

٩٨٧٣- ويتصل بهذا المنتهى امرأة صاحب السفينة إذا طلقها والسفينة في البحر ، فلا محيصَ لها ، فإن كانت من أقوام بحارين يعتادون التردد في البحر ، فسبيلها كسبيل البادية ، وإن لم يكن كذلك ، وإنما ركبت لحاجة ، فهي مسافرة مات عنها زوجها ، وقد مضى التفصيل في ذلك ، بيد أن الرجوع في البحر قد لا يمكن ، فإن تيسر من غير عُسر - وقد خلّفت مسكن نكاح - فسبيله ما تقدم .

وإن كانت تلقى عُسراً وغرراً ، لم تكلف ذلك .

ولو كان في البحر سفينتان بحكم الزوج ، فقد يطرأ إذاً تفصيل المساكنة : فإن كانت السفينة كبيرة تشتمل على حُجَرٍ وقطائع ، وكل قطعة تنفرد بمرافقتها ، فلتنفرد

(١) في الأصل : الأحاديث .

٢٤٤ _____ كتاب العدة / باب مقام المطلقة والمتوفي عنها زوجها

ش ٢٤٠ بقطعة عن زوجها ، وأمرُ الخلوة على ما تفصل . وإن كانت السفينة / صغيرة ، واستمكن الزوج من الانتقال إلى السفينة الأخرى ، فحقُّ عليه أن يفعل ذلك .
ومن أحاط علماً بما مهدناه من الأصول ، هان عليه درك أطراف هذه المسائل .

٩٨٧٤- ثم قال الشافعي : « ولو تكررت منزلاً . . . إلى آخره »^(١) .

إذا غاب الزوج ولحقها الطلاقُ ، وليس للزوج مسكن تأوي إليه المعتدة ، فالقاضي يكتري لها مسكناً يليق بها من مال الزوج ، إن كان يجد له مالاً ، وإن رأى الاستقراض عليه ، فعل ، وإن فوض إلى المرأة الاستقراضَ ، جاز ، ولا اختصاص لذلك بما نحن فيه ، بل هو جارٍ في نفقة الزوجة وغيرها ، وقدمنا في هرب الجمال مثل هذا .

ولو شغرت البقعة عن الحاكم ، ففيه تفصيلٌ ذكرناه في مسألة الجمال^(٢) ، ولو استقلت^(٣) مع إمكان [مراجعة]^(٤) الحاكم ، فهذا أيضاً مما سبق تفصيله وسنجمع كلاماً حاوياً في كتاب النفقات - إن شاء الله - ونبين فيه انفصال النفقات عن السكنى ، وانفصالهما عن كراء الجمال ، ونأتي فيه بمجامع ، إن شاء الله .

ثم تعرض الأصحاب هاهنا للكلام فيه إذا انقضت مدةٌ لم تتمكن فيها من مال الزوج ، فهل يبطل حقها في المدة الماضية من السكنى أم يستقر حقها استقرار نفقة الزوجات ؟ وهذا من أصول كتاب النفقات فأولئ تأخيرهُ إليه .

* * *

(١) ر . المختصر : ٣٤ / ٥ .

(٢) مسألة هروب الجمال فصلها الإمام في كتاب الإجارة ، باب كراء الإبل .

(٣) استقلت : أي استقرضت بنفسها ، مع إمكان مراجعة الحاكم .

(٤) في الأصل : واجبة الحاكم .

باب الإحداد

٩٨٧٥- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً »^(١) ومضمون الحديث باتفاق العلماء ، إيجاب الإحداد على المتوفى عنها زوجها في مدة العدة ، وتحريم الإحداد على غيرها إلا ثلاث ليالٍ ، ونحن نذكر من يجب عليه الإحداد أولاً ، ثم نذكر معنى تحريم الإحداد ، ثم نبين وصف الإحداد .

والإحداد من الحد وهو المنع ، فالمحتدة ممتنعة عن أسباب الزينة ؛ وقال الأئمة : على المتوفى عنها أن تحدد قولاً واحداً ، فالرجعية لا تحدد ، فإنها في حكم الزوجات ، فلا تحدد ، كما لا تحدد الزوجة ، والمطلقة البائنة هل يلزمها الإحداد ؟ فعلى قولين : أحدهما - يلزمها الإحداد ؛ لأنها معتدة عن الزوج لا يملك الزوج رجعتها ، فصارت كالمتوفى عنها .

والثاني - لا يجب عليها الإحداد ؛ لأنها معتدة عن طلاق فأشبهت الرجعية .

والمعنى الذي يليق بهذا الأصل أن المتوفى عنها متفجعة على فراق الزوج وذلك لائق بحالها ، والبائنة مجفوة بالطلاق في غالب الأمر ، لا يليق بحالها تكليف التفجع .

وهذا يناظر الترتيب المذكور في التعريض بالخطبة ، فإنه جائز في عدة الوفاة ، حرام في عدة الرجعة ، وفي جوازه في عدة البينة قولان ، وليس هذا التناظر لفظياً ، ولكن بين الأصلين تناسب من جهة المعنى ؛ فإن المتوفى عنها زوجها لا يليق بها وهي

(١) حديث « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث » رواه مسلم من حديث عائشة وحفصة رضي الله عنهما (الطلاق ، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ، وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام ، ح ١٤٩٠) .

مفجوعة أن تتشوف إلى الطالب قبل انقضاء العدة ، فلم يحرم التعريض معها .

ي ٢٤١ والرجعية/ زوجة ، وسلطنة الزوج مستمرة .

والبائنة مجفوة فكان صدر^(١) هذا الترتيب قريباً مما ذكرناه .

والتي ارتفع النكاح عنها بفسخ ، اختلف الأصحاب فيها : فمنهم من ألحقها بالمطلقة المبتوتة ، ومنهم من ألحقها بالموطوءة بالشبهة ، ولا خلاف أن الموطوءة بالشبهة لا تحدد في العدة ، وكذلك أم الولد لا تحدد إذا مات مولاه . فكأن بعض الأصحاب رأى أن النكاح زائل بجميع آثاره في حق المفسوخ نكاحها ، وهذا ميل الأكثرين .

ثم إذا أوجبنا الإحداد ، فلا فرق بين الحرة والأمة ، والمسلمة ، والذمية ، والصغيرة ، والكبيرة ، والعاقلة ، والمجنونة ، وأبو حنيفة^(٢) لا يوجب الإحداد على الذمية ، ولا يثبت في الصغيرة والمجنونة .

ونحن إذا أثبتناه فيهما ، أمرنا الولي بمنعها المحدة^(٣) عنه .

هذا تفصيل القول فيمن يلزمه الإحداد .

٩٨٧٦- وقد ذكرنا أن الإحداد يحرم بحكم نص الرسول صلى الله عليه وسلم على غير المعتدات ، كما فصلنا القول فيهن ؛ فإنه عليه السلام قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث » وهذا فيه سؤال وإشكال ؛ فإن الإحداد اجتناب نوع من الثياب ، وترك استعمال الطيب ، ولا يتحقق التحريم في ذلك لعينه ، فالوجه صرف التحريم إلى القصد^(٤) ، فرب فعل يقترن به قصد ، فيحرم كالسجود بين

(١) صدر : بمعنى صدور ، وهو مصدر من مصادر الفعل (صدر) ولكنه غير مشهور بل غير مستعمل في لساننا الآن . وإن كان إمام الحرمين لا يستعمل غيره .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣٩٥ / ٢ مسألة ٩٠١ ، المبسوط : ٥٩ / ٦ .

(٣) المحدة عنه : أي الممنوعة عنه .

(٤) المعنى أن حرمة الطيب وهذه الأنواع من الثياب - على المعتدة - ليست لذات الطيب والثياب ، وإنما لما يقترن بها من قصد ، وهذا على ظهوره لا يضر ذكره ، كما قال الإمام في ختام هذه الفقرة نفسها ، ولكن التمثيل بالسجود للصنم يحتاج إلى كلام (انظره في التعليق الآتي) .

يدي الصنم ، [لو اقترن]^(١) به قصد التقرب ، فالتعويل على القصد ، ولكن المقصود يحرم مع القصد^(٢) . وهذا على ظهوره لا يضر ذكره .

ثم رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في الإحداد ثلاثة أيام ، ففعل السرّ في ذلك أن مخالفة الذمّي [في]^(٣) إظهار [التحزن]^(٤) والرضا^(٥) بالقضاء أولى بالمؤمن . والإحداد في العدة ضربٌ حَجَرٌ على المعتدات ، حتى لا يشتغلن بالتزين للرجال . وتسويغُ التفجع على القريب والحميم في الثلاث رخصةً من الله ؛ فإن النفوس قد لا تطاوع ، واغترامُ الحزن ينكسر في الثلاث ، وهي منطبقة على أزمان التعزية ، وفيها باب [ذكرناه]^(٦) في الجنائز ، ثم هذا التحزن في هذه المدة لا يتخصص بالنسوة ، ولا شك أنه رخصةٌ وتركه أولى ، فإن الذي يقتضيه الدينُ استقبالُ القضاء بالرضا ، والتلفّع بجلباب الصبر والاستسلام لأمر الله .

٩٨٧٧- وقد حان أن نذكر الآن الإحداد ومعناه ، قال الشافعي : « وإنما الإحداد في البدن . . . إلى آخره »^(٧) .

(١) في الأصل : ولو اقترن .

(٢) يفهم من كلام الإمام هنا أن المحرّم ممن يسجد للصنم ليس فعلُ السجود بهيئته وحركاته ، وإنما قصد التقرب والتعظيم للصنم ، وهذا في أصله رأيٌ لأبي هاشم الجبائي المعتزلي ، يقوم على أن (السجود) نوعٌ واحد من الأفعال ، ومحالٌ أن يكون (الواحد) واجباً وحراماً ، وطاعة ومعصية ، وإنما يكون حراماً أو واجباً بحسب ما يقترن به من القصد . هذا أصل مذهب أبي هاشم .

حكاه الإمام عنه في البرهان وردّه بقوة ، قائلاً : « إنه خروج عن دين الأمة ، ثم لا يمتنع أن يكون الفعل مأموراً به مع قصدٍ منهياً عنه مع آخر » ا.هـ . وإجماعُ أهل السنة منعقد على أن الساجد للصنم عاصٍ بنفس السجود والقصد جميعاً .

وفي المسألة مزيد تفصيل وكلام لا يحتمله المقام . راجع : (البرهان في أصول الفقه : فقرة : ٢١٣ ، والمستصفى : ٧٦/١ ، والإحكام للآمدي : ٨٧/١ ، والمسوّدة : ٨٤ ، وشرح الكوكب المنير : ٣٩٠/١) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : تحزن .

(٥) معطوفة على (مخالفة) .

(٦) في الأصل : ذكرناها .

(٧) ر . المختصر : ٣٥/٥ .

أراد رضي الله عنه بما ذكر أن المرأة لو آثرت تزيين منزلها بالفرش ، وكلفت خدمها تنقيته من الأذى ، وأمرتهم بأن يأخذوا زينتهم ، فلا بأس بشيء من ذلك ، وإنما الإحداد يتعلق ببدن المرأة . والغرض الظاهر ألا تتزين للرجال بما يُشوّف الرجال إليها لو رملوها ، ثم هذا يتعلق بالملابس واجتناب الطيب ، فلو لبست ثوب زينة ، كانت تاركة للإحداد

٩٨٧٨- ونحن نذكر الآن تفصيل القول في الثياب : والنظر فيه ينقسم : فيقع في الجنس ، وفي اللون .

أما الجنس ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أنها لا تلبس ثياب الإبريسم كيف ش ٢٤١ فرضت ، وتكون وهي مُحَدّة بمثابة/ الرجل في اجتناب لبس الحرير ، وقد ذكرنا ذلك في مواضع من الكتاب .

وقال العراقيون : لها أن [تلبس]^(١) الحرير إذا لم يكن مصبوغاً ، واعتلوا بأن الحرير في حقها بمثابة سائر الثياب في حق الرجال ، والأفقه ما ذكره المراوزة ، فإنهن خُصّصن بلبس الحرير ؛ لأنهن بمحل التزين للرجال ، وهن في الإحداد ممنوعات عن التزين ، فليرتفع ما خُصّصن به للزينة .

ثم قال الأئمة : يحرم عليهن استعمال الحلي ، ولم أر للعراقيين فيه ذكراً ، والأليق بقياسهم التحريم ؛ فإن الملابس لا بد منها ، والحلي لا تستعمل إلا زينةً . وما عندي أن التختم يحرم عليهن ، وهو حلال للرجال . نعم ، يمنع من التختم بخاتم الذهب ؛ فإن ذلك مما خُصّصن به زينةً لهن .

فأما ما عدا الإبريسم من أجناس الثياب ، فلا يحرم عليهن لبسه في زمان الإحداد ، كالكتان والقطن ، والخَزّ إن لم يكن من الحرير ، وكل ما يحل للرجال لبسه في الرفاهية من أجناس الثياب ، فلا يحرم على المُحَدّة لبسه .

هذا قولنا فيما يتعلق بأجناس الثياب .

(١) في الأصل : تمسّ .

٩٨٧٩- فأما الكلام في الألوان ، فالقول الضابط فيها ، أن كل لون تُصبغ الثياب به طلباً للزينة ، فيحرم على المرأة لبس الثوب المتلون به ، وكل ما لا يقصد بصبغ الثوب به الزينة ، فلا يحرم على المُحدّة لبس الثوب المتلون به ، فالأسود الكمد^(١) ، والأكهب^(٢) الكمد ، وما في معناه لا يمتنع صبغ المُحدّة به ، فأما الثوب الأحمر الخضل^(٣) البراق ، والأصفر الفاقع ، وما أشبههما [فيحرم]^(٤) .

والمعنى المعتبر المطّرد في جميع الألوان : البراق المستحسن في الملابس ، ورب لونٍ كمد يصقل الثوب المصبوغ به فيُلَفَى برّاقاً ، ولا يزداد [بالصبغ]^(٥) إلا سماحة .

ثم لا فرق فيما نمنع ونجيز بين ما يصبغ بعد النسيج وبين ما يصبغ غزله وينسج مصبوغاً ، وإنما الممتنع ما ذكرناه من قصد الزينة ، وليس ذلك خافياً في الناس .

وعن أبي إسحاق المروزي أنه قال : الممنوع ما صبغ بعد نسجه ، فأما ما صبغ غزله ونسج ، فلا منع فيه ، وإن كان حسن المنظر ، وهذا الذي ذكره يُبطله الخبر ، وقاعدة الباب .

أما الخبر ، فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « نهى المُحدّة عن لبس عَصَبِ اليمين »^(٦) ، وهي من برود حَبْرَة^(٧) ، يصبغ غزلها ثم ينسج .

(١) الكمد : الذي لا صفاء فيه ، وفعله : كَمَدَ (من باب تعب) أي تغير لونه ، وذهب صفاءؤه . وكمد الثوب : أخلق فتغير لونه . (المعجم والمصباح) فالمعنى الثوب الأسود الحائل السواد الذي لا صفاء فيه .

(٢) الأكهب : يقال : كَهَبَ لونه يَكْهَبُ كَهَباً : علته غبرة مشربة سواداً ، فهو أكهب (المعجم) .

(٣) الخضل : من خَضِلَ يَخْضَلُ خَضَلاً : إذا نَعِمَ ، ومن معانيه أيضاً : ندي وابتل ، فالمعنى الثوب الأحمر اللامع الزاهي الناعم (المعجم) .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

(٥) في الأصل : بالصقل .

(٦) هذه الرواية في النهي عن لبس عصب اليمين جاءت في رواية البيهقي من حديث أم عطية رضي الله عنها . وقد روي حديث أم عطية من عدة طرق كلها بإباحة عصب اليمين للمحتدة ؛ والنص على استثنائه من النهي ، ولذا علق البيهقي على رواية النهي قائلاً : ورواية الجماعة بخلاف ذلك . (ر . السنن الكبرى للبيهقي : ٤٣٩ / ٧) .

(٧) حبرة : وزان عنبه . والإضافة هنا بيانية (معجم ومصباح) .

وأما قاعدة الباب فالنهي عن الزينة ، وهذا لا يختلف بأن يصبغ الثوب منسوجاً ، أو ينسج مصبوغاً ، وقد يكون المنسوج من الغزل المصبوغ أحسنَ منظرًا وأكثرَ رونقاً .

ولو صبغت ثوباً خشناً غليظاً [بصبغ]^(١) براق ، فقد تردد صاحب التقريب في ذلك ، ثم حكى قولين ، وما ذكره محتمل ؛ فإن الصبغ في نفسه وإن كان حسناً ، فلا تحصل الزينة به ما لم يكن الثوب المصبوغ به على اقتصارٍ في الغلظ ، فإذا فحشت الخشونة ، وإن حسن اللون ، لم يعدّ لابسه متزيّناً ، ويجوز أن يحمل منعه على الرائي^(٢) من البعد ، وهذا لا تقيسُ به البعد ؛ فإن النسوة لا يخامرن الرجال ، بل يُلحَن لهم من البعد . فهذا/ بيان ما يتعلق بالملابس . ي ٢٤٢

٩٨٨٠- فأما النوع الآخر ، فهو ما يتعلق باجتنب الطيب ، وما يدنو [منه]^(٣) فالكلام في هذا يتعلق بقسمين : أحدهما - اجتنب الطيب ، ولا معنى لإطالة التفصيل فيه ، فنقول : يحرم على المَحْدَة من هذا القبيل ما يحرم على المُحَرَّم ، وقد تفصل ذلك في كتاب الحج على أبلغ وجه في البيان .

والنوع الثاني - ما يتعلق بالزينة وإن لم يكن طيباً ، كالاكتحال بما يزين ، قال الشافعي : لا بأس باستعمال الكحل الفارسي ، وهو فيما أظن إلى البياض ما هو^(٤) ، قال الشافعي إنه لا يزيد العين إلا مرّها^(٥) وقبحاً .

ونص في بعض المواضع على تجويز استعمال الإثمد ، وأجمع الأصحاب على أنه قال في العربيات : ويغلب على ألوانهن السواد ، ولا يبين الإثمد في أعينهن ؛ فإنهن

(١) في الأصل : يضيق .

(٢) المعنى أنه من على البعد يُعجب ويلفت النظر ، ويسر الناظر بلونه ، فلا تظهر خشونته إلا عن قرب ، والشأن المعهود أن النساء يُلحَن عن بعد فهذا وجه المنع مع الخشونة المتناهية .

(٣) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

(٤) أي شديد البياض .

(٥) المره : خلوّ العين من الكحل ، وهو أيضاً مرضٌ في العين تَقَرَّحُ منه . فالمعنى أن هذا الكحل الفارسي الأبيض لا جمال فيه ، فهو عكس الكحل الذي تمدح به النساء ، ويذكر جمالهن به . ثم إنه يزيد لها تقرحاً . (قلت : لعله يسبب هيجان الدمع من العين مثل بعض الأدوية) لمزيد من معاني المره (ر . المعجم) .

مع اخضرار ألوانهن على كحل ظاهر في الخلقة ، لا يزينهن التكحل ، وإذا استعملت البيضاء الإثم ذانها^(١) ، وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي محدّة على أبي سلمة يعرض بخطبتها ، وكانت قد اكتحلت بالصبر^(٢) فقال صلى الله عليه وسلم : « ما هذا » فذكرت رمداً بعينها ، وأنها عالجت بالاكتحال بالصبر ، فقال عليه السلام : افعليه بالليل وامسحيه بالنهار^(٣) .

وإن كان بالمرأة رمد واحتاجت إلى استعمال كحل [يزينها]^(٤) فيتحم عليها أن تفعل ما رسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة .

وإن مست الحاجة إلى استعمال الكحل نهاراً ، فلا بأس ؛ فإن المعالجة إذا مست الحاجة إليها ، خرج الاكتحال عن كونه تزئناً ، وكذلك إذا مست الحاجة إلى استعمال الطيب ، فالأمر على ما ذكرناه .

٩٨٨١- ولا ترجل رأسها بالدهن لما فيه من التزين . والنهي عن ذلك في باب الإحدا د أقيس منه في باب الإحرام ؛ فإن المحرم ليس ممنوعاً عما يتعلق بالتزين ، وإنما يمنع من الطيب ، ولا يتضح فيه معنى .

وإن قال الإنسان - على بُعد - : الطيب داعية إلى الوقاع ناجزاً من غير ارتقاب تفر^(٥) ومزيد شيء في الجبلّة ، فهذا على بعده لا يجري في الترجيل . وإزالة الشعث والغبر

(١) معنى هذا أن تحريم (الإثم) خاص بالبيضاء التي يظهر في وجهها ، هكذا نقله الإمام عن (إجماع) الأصحاب ، لكن الرافعي بعد أن نقل هذا عن الإمام ، قال : « والظاهر عند الأكثرين ، أنه لا فرق بين البيضاء والسوداء ، قالوا (أي الأكثرون) : أثر الكحل يظهر في بياض العين ، ويدل عليه إطلاق الأخبار » (ر . الشرح الكبير : ٤٩٥ / ٩) .

(٢) الصبر : كحل أصفر اللون . قاله الرافعي (السابق نفسه) .

(٣) حديث أم سلمة رضي الله عنها في الإحدا د والكحل رواه أبو داود : الطلاق ، باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها ح ٢٣٠٢ ، والنسائي : الطلاق باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر ، ح ٣٥٣٧ ، ورواه البيهقي في المعرفة (٤٦٧٩) . وانظر التلخيص ٤٧٧ / ٣ ح ١٨١٩ .

(٤) في الأصل : زنها .

(٥) التفري التوقد والنشاط : فز الرجل فزاة وفززة : نشط وتوقد (المعجم) .

ليست محرمة ؛ فإن المُحرم [يستحم]^(١) ويتدلك ويزيل الوسخ ، ولكن يثبت في الآثار إلحاق الترجيل بالتطيب .

والمرأة أمرت بالإحدا ، حتى لا تترين ؛ فيبعد^(٢) نهيا عن الطيب ؛ ولا تزين فيه بُعد نهى المحرم عن الترجل ولا تطيب فيه ، والبابان على الجملة يتلاقيان .

ثم قال الأصحاب : المحرم ممنوع عن ترجيل لحيته بالدهن ، كما أنه ممنوع عن ترجيل لِمَتِه ، ثم قالوا : لو كان للمرأة لحية فرجلتها بالدهن عصت ربها ، فإن اللحية ، وإن كانت تشينها ، فالترجيل يغض من القبح ، هكذا ذكره الأصحاب .

٩٨٨٢- والمرأة ليست ممنوعة من التنظيف ، كالمحرم ولا حرج عليها إذا أزال الوسخ عن نفسها ، ومما لا تؤاخذ به الاستحدا^(٣) ، فإنها تتأذى لو لم تستحد تأذيها بالوسخ لو كلفت استبقاءه ، وليست هي محمولة في الإحدا على ضرارٍ تحتمله ، وإنما مقصود الإحدا أن لا تدخل على بدننها تزيناً .

ولو أخذت تُجَعِّدُ [الأصداغ وتضعف]^(٤) الطَّرَرَ ، فلست أدري ما أقول فيه!! ش ٢٤٢ لا يمتنع أن يكون هذا من فن التزين بمثابة استعمال الحلي ، وإن لم يكن / من الملابس ، ولا نص للأصحاب في هذا ، والظاهر الاقتصار على المأخذ الذي نص عليه الأولون .

والتحلي بالآلئ فيه تردد عندي ؛ من جهة أنه لم يثبت تحريم استعماله على الرجال ، وإنما ورد نص التحريم في استعمال الذهب ، فإذا لم تكن الآلئ من

(١) في الأصل : يستجمه .

(٢) ننبه هنا أن البُعد ليس في نفي الحكم بتحريم الطيب على المحدث ، فقد أكد ذلك التحريم آنفاً بدون ترديد في الرأي ، وإنما الاستبعاد هنا في إدراك المعنى والحكمة ، أي كما نهى المحرم عن الترجل ولا تطيب فيه من غير إدراك سرّ النهي ، فكذلك يقع نهيا عن الطيب ولا تزين فيه غير معقول المعنى . ويتضح ذلك من قوله الآتي قريباً . « وحق الناظر ألا يمشي بخطوه الوساع في أبواب التعبدات » والله أعلم .

(٣) نذكر مجرد تذكير أن الاستحدا هو أخذ شعر العانة وإزالته .

(٤) في الأصل : الأصداغ ، وتصنف .

خصائص زينة النساء ، فليست في معنى الذهب ولكنها تزيّن ، وزينتها تزيد على زينة الإثم .

وحق الناظر ألا يمشي بخطوه الوساع في أبواب التعبدات ؛ فإن المعاني الكلية وإن كانت معقولة [مقبولة]^(١) ، فمحل التعبد يمنع الاسترسال في طريق المعنى .
ومن بحث عن جريان الأولين في التفصيل ، ورزق التوسع في الأخبار والآثار ، فلا يلقى مذهباً لأئمة السلف إلا مستنداً إلى أثر ، وآثار أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم في مثل هذا الباب مستندها ما فهموه من الرسول صلى الله عليه وسلم في الأمر بالإحداد .

٩٨٨٣- ثم إذا أوجبنا الإحداد ، فلو تركته ، انقضت العدة ، غير أنها تأثم إن اعتمدت الترك ، وكيف لا يكون كذلك ، ولو تبرجت وفارقت مسكن النكاح ، فالعدة تنقضي عليها ، مع تركها أصل حالة التربص .
وقد انتجز غرض هذا الباب ونحن نعقد الآن فصلاً في معنى لزوم المعتدة المسكن ، وما يجوز لها الخروج لأجله .

فصل في

٩٨٨٤- المتوفى عنها زوجها والمبتوتة تلزمان مكان الاعتداد ولا يجوز للمترتبة أن تبرز لنزهة أو زيارة أو تجارة ، وإنما تبرز لحاجة ظاهرة ، ولا يُشترط انتهاء الحاجة إلى رتبة الضرورة ، والزيارة في نفسها مقصودة والغرض فيها واضح لائح ، ولا يجوز الخروج لها ، وكذلك التجارة ، فلا يُعلّق جواز الخروج بالغرض ، ولا يُشترط في جوازه الضرورة ، والحاجة متوسطة بينهما كما سنصفها ، ونقرر القول فيها جهدنا ، إن شاء الله .

فنقول : إن احتاجت إلى الخروج لحاجة تتعلق بالمطاعم والملابس ومؤنة السكن إذا استرّم ، فإن وجدت من تستنيبه ، فلتفعل ؛ إذ لا حاجة بها إلى الخروج بنفسها ، وإن لم تجد من ينوب منابها ، فلا بأس عليها لو خرجت .

(١) في الأصل : منقولة .

والفرضُ في البائنة أو في المتوفى عنها ، فإن الرجعية مكفيّةٌ ، لا حاجة بها إلى الخروج بنفسها ، ولا نفقة لبائن حائل ، ولا للمتوفى عنها حاملاً كانت أو حائلاً . فإن وجبت النفقة للبائنة الحامل ، فهي في أمر النفقة مكفية ، فلا تخرج ، وإن ضيعها المطلّق ، ومست الحاجة إلى الخروج ، خرجت ، وكيف لا والزوجة لو ضيعها الزوج ، لخرجت ، على ما سيأتي تفصيل ذلك في النفقات ، إن شاء الله .

والقدر الذي نذكره هاهنا أن خروج الزوجة لا يمتنع إلا لحقّ الزوج ، فإذا انقطعت النفقة ، فلها أن تخرج ، وإن كانت قادرةً على أن تصابر وتنفق على نفسها من مالها .

والمعتدة المستحقة للنفقة إذا انقطع عنها إنفاق من يلزمه الإنفاق عليها ، وكانت متمكنة من مصابرة مسكن النكاح من/ غير حاجة حاقّة ، فليس لها أن تخرج ؛ فإن العدة يتعلق بها حق الله تعالى على التأكد ، ولذلك لا يسقط وجوب التربص وإن رضي مَنْ مِنْهُ الاعتداد ، بخلاف استقرار الزوجة في مسكن النكاح ، مع استمرار الزوجية .

والتي لا زوج لها ، ولا عدة عليها ، لها أن تبرز من غير حاجة إذا كانت لا تتعرض لآفة .

هذا تأسيس القول في الحاجة .

٩٨٨٥- فإن قيل : قد قدمتم في مسائل المسافرة أن المرأة إذا لحقها الطلاق بعد خروجها تاجرةً ، فإنها تتمادى على وجهها حتى تقضيَ وطرها ، وقلتم : ليس للمعتدة أن تخرج عن مسكن النكاح زائرةً أو تاجرةً ، [فأبينوا]^(١) هذه الفصول وأوضحوا أن ما قدمتم تجويزه ، فهو لأثر إذن الزوج ، حتى لو فرض مثل ذلك الإذن في مفارقة مسكن النكاح للتجارة ، لجاز لها الخروج أم كيف السبيل فيه ؟

قلنا : أما الإذن ، فلا يبقى عليه تعويل بعد وقوع الطلاق وحصول البينونة ، والدليل عليه أن الرجل إذا أذن لزوجته في أن تخرج حاجةً ، ثم طلقها قبل أن تخرج وتُحرم ، فليس لها أن تُحرم وتخرج ، فإن أثر الإذن ينقطع بطريان الطلاق ، وقد صادفها الطلاق وهي في مسكن النكاح ، فالتعويل إذاً في مسائل المسافرة على أنها

(١) في الأصل : « فأثبتوا » .

تأهب للسفر ، فلو قطعته ، لنالها ضرر عظيم ، فهذا هو المعتمد في تلك المسائل ، وعليه بنينا الفرق بين أن يلحقها الطلاق وهي في البلدة ، أو يلحقها وقد خرجت . فهذا هو الذي عليه التعويل .

٩٨٨٦- فإن قيل : [المعتدة]^(١) إذا بلغها الخبر بأن مقداراً صالحاً من مالها على شرف الضياع لو لم تخرج إليه ولم تتداركه ، فهل لها أن تخرج بنفسها حيث يضيع مالها لو لم تخرج ؟

قلنا : هذا محل التردد ، ونحن نبين فيه أصلاً كبيراً ، ونقول : كل باب بني على معنى ، ثم فرض انحرام ذلك المعنى بشيء ، يقع معتاداً ، فذلك المعنى يقتضي أن يطرد حتى لا ينخرم ، وهذا بمثابة بنائنا باب القصاص على الوفاء بالعصمة والامتناع مما يؤدي إلى الهزج ، فلا جرم كل ما يفضي إلى ذلك ، فهو مردود ، فإذا فرضت مسألة نادرة ، فلا مبالاة بها ، والتذكير في هذا كافٍ .

فنقول بعد ذلك : اتفاق احتياجها إلى تدارك المال وصونه عن الاختلال بنفسها في نهاية الدور ؛ فإن الغالب أن النسوة لا يحتجن إلى مباشرة هذه الأمور ، ونائبهن فيها أقوم بها منهن ، وغناء الرجل المستناب أظهر من غنائهن ، والغالب أن المرأة إذا أرهقتها حاجة أنابت فيها رجلاً .

فإن فرض فرض صورة نادرة [لو]^(٢) جرينا فيها على موجب الحاجة ، لخرجت مسافرة وتبرجت بارزة وتركت التربص ، وإن لزم التربص ، ضاع مالها ، فيتردد نظر الفقيه في هذا المقام بعض التردد ، ويعترض له ضياع على ندور وترك التربص ، وليس كالحاجة التي تغلب ؛ فإن ترك التربص بها محمول على الحاجة الغالبة في الجنس .

ومما نجريه في قواعد الشريعة تنزيل الحاجة الغالبة العامة للجنس منزلة الضرورة الخاصة في حق الشخص ، وأما الخاصة النادرة ، ففيها النظر ، ولكن ضياع

(١) في الأصل : المعتمدة .

(٢) في الأصل : « أو » .

ش ٢٤٣ المال شديد ، والتربص وإن كان/ واجباً ؛ فإنه من قبيل الأمور التابعة ، والآداب المتأكدة المترقية من نهاية الندب إلى أول درجة الوجوب .

فهذا وجه النظر .

والذي عليه الاستقرار أن المال إذا كان يضيع ، وله خطرٌ وقدر ، فلا بأس لو خرجت وإن فرض الضياع على وجه الندور . والحاجة إذا تعلقت باستصلاح ، وكانت نادرة ، فلا يجوز ترك التربص لها .

فينتظم من ذلك أن الحاجة الغالبة إذا كانت لا تتعلق بضياع في المال ، وضرورة في البدن ، فيسوغ الخروج لها ، والحاجة النادرة إذا كانت لا تفضي إلى ضياع لا يجوز الخروج لها ، وإن أدت إلى ضياع وإن كانت على الندور ، فيجوز الخروج لها . هذا ما رأيناه .

٩٨٨٧- ولا يجوز الخروج للاستزادة ، كالتجارة ، وكذلك الخروج للعمارة التي ليس في تركها ضياع ، ويلتحق بذلك الزيارة ؛ فإنها لا تبلغ مبلغ الحاجة الحاقة . والحاجة المعتبرة هي التي يظهر ضررها لو تركت ، ولو توالى ، أفضت إلى الضرورة .

فهذا مجامع الكلام .

فإن قيل : الرجل الأقطع اليمين يقطع الأيمان ولا قصاص عليه ، والحاجة له مفضية إلى ضياع في الأطراف . قلنا : نعم ، ولكن يعارضها أن الهجوم على الدماء لا على القواعد الشرعية شديد ، وترك التربص في العدة قريب ، على أنا قد نقتل الأقطع إذا أفضت جراحاته إلى الزهوق ، وليس إفضاؤها إلى الزهوق بدعاً .

وقد انتهى ما نريد . ورجعت مسائل السفر وخروج المرأة عن مسكن النكاح في زمن التربص إلى قاعدة واحدة ، قد بانت للفتن .

٩٨٨٨- ثم قال الأئمة : إذا كانت تخرج لحاجتها ، فلتخرج نهاراً ، وليس يحل لها أن تخرج ليلاً ، مع التمكن من الخروج نهاراً ، والسبب فيه أنها إذا خرجت نهاراً ، كانت مرقوبة بالأعين ، بعيدة عن التعرض ، مصونةً بلحظ اللاحظين ، وإذا خرجت

ليلاً بعد [الغوث]^(١) عنها [لو قصدت]^(٢) ، وكانت متصدية للآفات ، وإنما ذكر العلماء هذا قطعاً لوهم من يظن أن الخروج ليلاً أليق بالتخدر والتخفر ، والأمر على الضد من هذا .

ولسنا نمنعها من الخروج ليلاً إذا وقعت حاجة ليلية ، وإنما ذكرنا ما ذكرنا فيه إذا ترددت بين الخروج ليلاً ونهاراً ، فالحكم عليها أن تؤثر الخروج نهاراً ولزوم المسكن ليلاً ، وهذا حتم على الوجه الذي ذكرناه .

هذا منتهى القول فيما يجوز للمرأة أن تخرج لأجله . وفيه نجاز الباب .

* * *

(١) في الأصل : الفوت .

(٢) في الأصل : ولو قصدت .

باب اجتماع العدتين والقافة

٩٨٨٩- العدتان لو اجتمعتا ، فلا يخلو : إما أن يكونا من شخص واحد ، وإما أن يكونا من شخصين .

فإن كانا من شخص واحد ، فلا يخلو إما أن يكونا متفقتين أو مختلفتين ، فإن كانتا متفقتين ، مثل أن يكونا جميعاً بالشهور أو بالأقراء ، وتصوير اجتماعهما أن يطلق الرجل امرأته طلاق رجعية ، وتجرى في عدة الرجعية ، وكانت عدتها بالشهور أو ي ٢٤٤ بالأقراء ، فإذا وطئها الزوج في أثناء العدة/ فوطؤه وطء شبهة ، وهو مقتضى للعدة ، وهذا تصوير اجتماع العدتين .

وكذلك لو كانت في عدة بينونة ، فوطئها الزوج بالشبهة ، ظاناً أنها زوجته ، فالعدة تجب ، والتصوير على ما قدرناه .

فالذي أطلقه الأصحاب أن العدتين تتداخلان ، والمعنى بتداخلهما أن الذي مضى من العدة الأولى محسوب من تلك العدة على التمحّض ، والذي بقي من تلك العدة يجري محسوباً عن العدتين : بقية الأولى وابتداء الثانية ، حتى إن كان مضى قرء وبقي قرءان ، فجرى الوطء كما صورناه ، فنحسب القرأين الباقيين من العدتين ، فإذا انقضيا ، فعليها بسبب وطء الشبهة قرء واحد ، فإذا انقضى ، فقد تخلت عن العدتين . هذا هو المذهب ، وعليه التعويل .

٩٨٩٠- وذكر الأصحاب تقديرين نذكرهما ونبين ضعفهما : قال قائلون : الوطء إذا ورد على العدة من النكاح ، لم يوجب في الحال عدة ، وبقية العدة تمضي ممحّضة عن الجهة الأولى ، حتى إن كان بقي قرءان ، فهما من عدة الطلاق ، ثم تتربص الموطوءة قرءاً ، ونحكم بأن الوطء الذي جرى لم يوجب إلا هذا القرء الواحد ، ولا نحكم بأن القرأين الباقيين يجريان عن العدتين ، والتزم هذا القائل طرداً لهذا القياس من غير

محاشاة ، وقال : إذا مضى نصف قرء من عدة الطلاق ، وجرى الوطء ، فالباقى من العدة يجري محضاً عن جهة الطلاق ، ثم إنها تتربص وراء ذلك بعضاً من قرء ، ونقضى بأن الوطء أوجب هذا المقدار .

وهذا تلاعب بالأصول وتقديرٌ ينافى وضع الشريعة ، فإننا لم نرَ وطء شبهة في حرّة يوجب بعض قرء ، وهذا التقدير لا يتغير به حكم ، وإنما هو كلام أصدره بعض الأصحاب عن غير فكرٍ قويم .

وقال قائلون : إذا جرى الوطء بالشبهة قبل انقضاء عدة الطلاق ، انقطع الاعتداد عن الطلاق ، واستفتحت عدة الشبهة .

وهذا ساقط أيضاً ، وقد أشار إليه القاضي في بعض ما نُقل عنه ، والدليل على بطلان ذلك أن عدة الطلاق أثبتت لاستنادها إلى حرمة النكاح ، ووطء الشبهة إنما يقتضي العدة لمشابهته الوطء في النكاح ، فالحكم بانقطاع عدة الطلاق لمكان وطء الشبهة من باب رفع الأقوى بالأضعف .

ثم إذا جرى وطء الشبهة طارئاً على عدة الرجعة ، فالرجعة لا تنقطع ، ولو ارتفعت عدة الرجعة ، لانقطعت الرجعة ، ولو شَبَّ مشبّب في هذا المنع ، كان خارقاً لحجاب الهيبة مستجراً على خرق الإجماع .

فلا وجه إلا ما قدمناه من تداخل العدتين على التفسير المقدم في احتساب البقية منهما ، ووجوب استكمال العدة الثانية بعد انقضاء مدة الأولى ، فهذا هو الأصل ، وعليه التفريع ، ولا عود إلى غيره .

٩٨٩١- فنقول : إذا جرى وطء الشبهة ، فللزواج المراجعة في بقية العدة الأولى ، فإذا انقضت تلك البقية ، انقطعت الرجعة ؛ فإنها في تربصها/ الواقع وراء عدة الرجعة ٢٤٤ ش متربصة بمحض عدة الشبهة .

ولو فرضنا وطء الشبهة طارئاً على عدة البيونة^(١) ، فالترتيب في التداخل على

(١) المراد هنا البيونة بسبب غير استيفاء عدد الطلاق ، وإلا فمن استوفى عدد الطلاق ، لا يحق له تجديد النكاح إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره ؛ ولذلك قال الإمام : « يجدد النكاح عليها برضاها على شرط الشرع » وإنما تكون عدة البيونة كالعدة عن الخلع مثلاً .

ما قدمناه ، ويجوز للزوج أن يجدد النكاح عليها برضاها على شرط الشرع في بقية العدة ، وفي المدة التي ترصد فيها وراء عدة الطلاق ، والسبب فيه أنها مترددة بين عدة النكاح وعدة الشبهة ، وتجديد النكاح سائغ في العدتين ممن نسبت العدة إليه ، فللمطلق التجديد في عدة الطلاق ، وللواطئ بالشبهة التجديد أيضاً ، وليس هذا كالرجعة في الصورة الأولى ، فإنها تختص بعدة الطلاق ولا تتعدى إلى عدة الشبهة ، فانقسم الكلام في الرجعية نفيًا وإثباتًا ، واطرد جواز النكاح فيه إذا جرى وطء الشبهة على عدة البينة ، وهذا لائح لا إشكال فيه .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت العدتان من شخص واحد ، وكانتا من جنس واحد .

٩٨٩٢- فأما إذا اختلف جنس ما به الاعتداد والشخص الذي عنه الاعتداد واحد ، وذلك بأن تُفترض إحدى العدتين بالأقراء ، والأخرى بالحمل ، وهذا يفرض على وجهين : أحدهما - أن يصادفها الطلاق وهي حامل ، فتكون عدة الطلاق بالحمل ، ثم يفرض الوطء طارئاً على الحمل .

وقد^(١) يفرض الطلاق طارئاً على الحيات ، فتلبسُ المطلقةُ عدة الأقراء ، ثم يطراً وطء الشبهة ، ويحصلُ العلوق به ، فهذا حملٌ طراً على الأقراء .

وقد ذكر الأصحاب وجهين في أن العدتين هل تتداخلان من شخص واحد وما به الاعتداد مختلف : فمن أصحابنا من قال : تتداخلان كما لو كانتا متفقتين .

ومنهم من قال : لا تتداخلان ، لاختلافهما ، والتداخل يليق بالمتفقات ، والدليل عليه أن الحدود يجري التداخل في المتفقات منها دون المختلفات .

فإن قلنا : بالتداخل وقد طراً حملٌ على أقراء ، أو طراً وطء على زمان الحمل ، فكما^(٢) وضعت انقضت العدتان من غير تفصيل : عدة الشبهة ، وعدة النكاح ، سواء كان الحمل من النكاح أو من وطء الشبهة ، ثم له أن يراجعها في جميع مدة الحمل ، فإن وضعت حملها ، تخلت .

(١) هذا هو الوجه الثاني في الفرض من الوجهين الموعودين .

(٢) فكما : أي عندما .

٩٨٩٣- وإن قلنا : لا تداخل مع اختلاف الجنس ، فإن كان الحمل من النكاح ، فعليها أن تعتد عن الشبهة بثلاثة أقراء ، وللزوج الرجعة ما دامت الزوجة حاملاً ، فإذا وضعت حملها ، استقبلت ثلاثة أقراء ولا رجعة فيها ؛ فإنها واقعة عن وطء الشبهة على التمحّض .

فإن كانت المسألة مفروضة في عدة البينونة ، فللزوج تجديد النكاح في زمان الحمل ، وفي الأقراء الثلاثة بعده ؛ لأنها بين أن تكون معتدة عن نكاح ، وبين أن تكون معتدة عن وطء شبهة ، ولا يمتنع تجديد النكاح في العدتين جميعاً .

هذا إذا كان الحمل من النكاح ووطء الشبهة طارئاً .

فأما إذا كان الحمل عن وطء الشبهة والتفريع على أن العدتين لا تتداخلان ، فكما علقت عن الوطء بالشبهة ، انقطعت عدة الطلاق/ حتى إن كان مضى قرء ، فعلقت ، ٢٤٥ ي فهي معتدة عن وطء الشبهة في مدة الحمل ، فإذا وضعت عادت إلى الأقراء ، واستكملت ما مضى : ثلاثة أقراء .

هذا [تصوير] ^(١) العدتين من غير تداخل .

ثم الحكم أن الزوج لو صبر حتى وضعت ، فله أن يراجعها في بقية الأقراء بعد وضع الحمل ؛ فإنها عدة الرجعة على التمحّض ، ولو أراد مراجعتها وهي حامل ، وقد بينا أنها في مدة الحمل في عدة الشبهة ، فهل تصح المراجعة ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - أن الرجعة لا تصح ، وهذا ظاهر القياس ، ووجهه أنها ليست في عدة الطلاق . والرجعة إنما ثبتت في عدة الطلاق الرجعي .

والوجه الثاني - أن الرجعة تصح ؛ لأن عليها بقية من عدة الرجعة ، وهي ملتزمة لها إذا وضعت حملها ، فيكفي التزامها لذلك في إثبات الرجعة ، وهذا الوجه على اشتهاؤه فيه [ضعف] ^(٢) .

(١) في الأصل : تصدير .

(٢) زيادة من المحقق على ضوء السياق ، وعلى ضوء المعهود من أسلوب الإمام ، حيث النسخة وحيدة ، ولم تسعفنا (صفوة المذهب) ؛ حيث لم تتعرض أصلاً لهذه الصورة ، كما لم

٩٨٩٤- ولو فرضت هذه الصورة في عدة البينونة ، فتجديد النكاح سائغ في الأحوال كلها لما قدمنا ذكره .

ثم إن جرى ما وصفناه في عدة الرجعة ، فإذا ارتجعها حيث يصح الارتجاع ، فتقطع العدة بطريان الرجعة ؛ فإنه يستحيل أن تكون مرتجعة مردودة إلى النكاح وتكون معتدة عمن هي مردودة إليه .

وكذلك إذا فرض تجديد النكاح والمسألة في عدة البينونة ، فيقطع العدتان .

٩٨٩٥- ومما نفرعه أن الحمل إذا كان عن وطء الشبهة ، وهو طارئ على عدة الرجعة - والتفريع على انتفاء التداخل لمكان اختلاف الجنس - فلو سئلنا عن لحوق الطلاق ، وهي في مدة الحمل ، أو عن جريان التوارث ، لو فرض الموت في هذه الحالة ، أو سئلنا عن الظهار الموجه عليها ، فهذا كله يخرج على الخلاف الذي قدمناه في أن الرجعة هل تصح في مدة الحمل المترتب على وطء الشبهة ، فإن جوزنا الرجعة ، لحقها الطلاق ، وكان الإيلاء والظهار بمثابة رجعتها ، وإن لم [نصحح]^(١) الرجعة ، لم يلحقها الطلاق ، ولغا لفظ الظهار والإيلاء .

وكل ما ذكرناه فيه إذا طرأ الحمل على الأقراء ، أو طرأ الوطء على الحمل الكائن في النكاح ، والشخص واحد ، ولم تر الدم على مدة الحمل .

٩٨٩٦- فلو طلقها وهي حامل ، ثم وطئها ، والتفريع على ألا تداخل ، فلو رأت

= تتعرض (الغاية في اختصار النهاية) لها أيضاً .

وعند مراجعتنا لكتب المذهب وجدنا الرافعي والنووي يحكمان على هذا الوجه بأنه الأصح . فهل هذا موضع من مواضع مخالفة إمام الحرمين للأصحاب - على ندرة ذلك - ؟ أم أن تقديرنا للكلمة الساقطة غير صحيح ؟

ربما جعلنا نظمئ إلى اختيارنا للكلمة وحُكِّمنا على هذا الوجه بالضعف ، أن الإمام الغزالي في الوسيط ذكر الوجهين بدون ترجيح ، فهل في هذا ما يشير إلى صحة اختيارنا ؟ ربّما .

(ر . الشرح الكبير : ٤٥٩/٩ ، والروضة : ٣٨٥/٨ ، والوسيط : ١٣٧/٦) .

(١) في الأصل : تصح .

الدم على ترتيب الحيض في مدة الحمل ، فإن قلنا : الحامل لا تحيض ، فلا حكم لما رأت .

وإن قلنا : الحامل تحيض ، فإذا رأت ثلاثة أقراء في مدة الحمل ، فقد قال أبو حامد في هذه الأقراء : تحتسب عن عدة الشبهة ، والسبب فيه أنا لا نشي العدة ، ولا ننفي التداخل والشخص واحد إلا لرعاية التعبء المحض ، فإذا جرت صورة الأقراء في مدة الحمل ، فينبغي أن يقع الاكتفاء بما نراه من صور أدوار الحيض والطهر ، فإذا وضعت حملها ، فقد اجتمع وضع الحمل وصورة الأقراء ، وهذا ما كنا نطلبه .
وصحح القاضي هذا الوجه ولم يحك غيره .

وكان شيخي أبو محمد يقطع بأن صور الأطهار التي رأتها في زمان الحمل لا مبالاة بها أصلاً ، ووجودها كعدمها ، وكان يقول : الأقراء الموضوعة عدة هي التي يمكن أن يقال/ فيها : إنها تدل على براءة الرحم ، فإنها في وضع الشرع أثبتت استبراء ، ثم اطرء ٢٤٥ ش ثبوتها مع يقين البراءة ؛ حسماً للباب ، وهذا كابتناء عدة الطلاق على الوطء ؛ فإنه على الجملة شاغل الرحم ، ثم لا التفات على آحاد الصور .

وهذا الذي ذكره حسن بالغ ، والدليل عليه أن الزوج إذا وطئها بشبهة ، وقد كانت حاملاً عند الطلاق ، فلو كنا نكتفي بصورة الأطهار ، لكنا نكتفي ببقية الحمل ، إذا لم تر دماً ؛ فإن الوطء جرى وهي حامل ، وليست من ذوات الأقراء إذ ذاك إذا كانت لا ترى دماً .

فإذا كنا نقول : إذا وضعت ، استقبلت الأقراء ؛ لأنها سترى الأقراء بعد الوضع ، فلأن نقول : لا يقع الاعتداد بصور الأطهار ، مع قيام الحمل أولى ؛ فإنها تكون جارية في عدتين معاً ، ولكن إن التزمنا التعديد ، فلا ينبغي أن نخالف هذا الأصل .

وكل ما ذكرناه تفصيل القول فيه إذا كانت العدتان عن شخص واحد .

٩٨٩٧- فأما إذا كانت العدتان من شخصين ، فلا يخلو إما أن تكونا متفقتين أو مختلفتين .

فإن كانتا متفقتين ، مثل أن تكونا بالأقراء ، أو بالأشهر ، فلا يخلو والحالة هذه :

إما أن تسبق عدة الزوج ، وإما أن تسبق عدة الوطء بالشبهة .

فإن سبقت عدة الزوج بأن طلقها فاستقبلت الأقراء ، ثم وطئها واطىء بشبهة ، فالبداية بعدة الزوج ؛ فتستكمل عدة الزوج ثلاثة أقراء ، ثم تبدىء وتخوض في عدة الشبهة .

فإن كانت رجعية ، فللزوج مراجعتها في عدة النكاح . ثم كما^(١) يراجعها تنقطع عدة النكاح ، وتخوض في عدة الواطىء بالشبهة .

ولو كانت في عدة البينونة والصورة كما ذكرناه ، فهل للزوج أن يجدد عليها النكاح في عدة النكاح ؟ فعلى وجهين : أحدهما - للزوج ذلك ، كما له أن يراجعها في عدة الرجعة .

والثاني - ليس له ذلك ؛ فإنه لو نكحها ، لكانت محظورة عليه من كل وجه ، ووضع النكاح ينافي إيراده على محرمة من كل وجه ، مع إمكان الاستمتاع حساً ، وهذا القائل يقول : الرجعية في هذا المقام بمثابة ارتجاع المحرمة ، وهو جائز ، والنكاح بمثابة نكاح المحرمة ، وهو محرم ممتنع .
وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت عدة الزوج أسبق .

فأما إذا كانت عدة الواطىء بالشبهة أسبق [كأن]^(٢) وطئها في صلب النكاح ، وشرعت في عدة الشبهة ، ثم طلقها الزوج ، والاعتداد بالأقراء ولا حمل ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنها تبدأ بعدة الزوج ، لقوة النكاح ، فعلى هذا تعتد عن الزوج بعد الطلاق بثلاثة أقراء ، ثم تستكمل عدة الواطىء بالشبهة : فإن كان مضى قرء في النكاح قبل الطلاق ، تربصت قرأين .

هذا أحد الوجهين .

والوجه الثاني - أنها تستكمل عدة الشبهة بحق السبق ، ثم تستأنف العدة عن الزوج بعد انقضاء عدة الشبهة .

(١) كما : بمعنى عندما .

(٢) في الأصل : كأنه .

التفريع : ٩٨٩٨- إن حكمنا بأنها تبتدىء عدة الزوج كما^(١) طلقها ، فإن كان الطلاق رجعياً ، ملك رجعتها ، في عدة الطلاق ، ثم تنقطع العدة عن الزوج بالرجعة / ، وتعود إلى عدة الواطىء بالشبهة ، فتكملها بعد الرجعة .

٢٤٦ ي

وإن كانت هذه المسألة مفروضة في عدة البينونة ، فهل ينكحها ؟ فعلى وجهين قدمنا ذكرهما من قبل .

وإن فرعنا على أنها تستكمل عدة الشبهة ، لحقّ السبق ، ثم تستأنف الاعتداد عن الزوج ، فعلى هذا لا يخلو الطلاق إما أن يكون رجعياً وإما أن يكون بائناً : فإن كان الطلاق رجعياً ، فلو تركها حتى تستكمل عدة الشبهة ، وعادت إلى عدة النكاح ، فیرتجعها في عدة النكاح ، وإن ارتجعها وهي في استكمال عدة الشبهة ، فهل تصح الرجعة ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا تصح الرجعة ؛ لأنها ليست في عدة النكاح .

والثاني - تصح ؛ لأنها ملتزمة لعدة الرجعة ، فهي بسبب الالتزام على عُلقة بيّنة من الرجعة .

هذا إذا كان الطلاق رجعياً .

فإن كان بائناً والتفريع على تقديم عدة الشبهة بحقّ السبق ، فإن تركها حتى انقضت عليها عدة الشبهة ، ثم أراد تجديد النكاح عليها ، فله ذلك .

ولو أراد تجديد النكاح عليها قبل انقضاء عدة الشبهة ، لم يجد إلى ذلك سبيلاً ؛ فإن النكاح لو أنشأه مُصادفَ عدة الغير ، فلا سبيل إلى تصحيحه .

وبيانه أنا لو قدرنا صحة النكاح لما انقطعت هذه العدة ، ومن المستحيل أن ينعقد نكاحٌ في عدةٍ والنكاح لا يقطعها .

وجميع ما ذكرناه فيه إذا كانت العدتان متفقتين : كانتا بالأقراء [أو]^(٢) بالأشهر .

٩٨٩٩- فأما إذا كانتا مختلفتين ، فالوجه فرض اختلافهما في الحمل والأقراء .

(١) كما : بمعنى عندما . (وقد تكرر ذلك كثيراً ، ولكن نضطر لذلك أحياناً خشية الإيهام في العبارة) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

أما إذا كانت عدة النكاح بالحمل ، وعدة الوطء بالشبهة بالأقراء ، أو كان الأمر على العكس ، فلا شك أن العدتين لا تتداخلان ، كيف وقد ذكرنا أنهما لا تتداخلان مع اتفاقهما ، والاختلاف يؤكد منع التداخل .

ثم الذي نصدر الفصل به أن الحمل مقدّم على الأقراء ، سواء كان من النكاح أو من الوطء ، وسواء قُدّر سابقاً أو قدر لاحقاً ، بعد الخوض في الأقراء ؛ فإن الحمل لا مدفع له ، والاعتداد به يقع عمن منه الحمل لا محالة ، فلا يبقى للتقدم والتأخر في ذلك موقع .

ثم الصور تستوعب الغرض : فإن كان الحمل من الزوج [كأن]^(١) طلقها وهي حامل ، فوطئت بالشبهة ، فالجواب أنها إذا وضعت حملها ، استقبلت الأقراء على الواطئ بالشبهة .

ثم إن كانت رجعية ، فيرتجعها الزوج في زمان الحمل ، فإنها معتدة عنه ، ثم إذا راجعها وهي حامل ، فهل يحل له وطؤها قبل وضع الحمل ؟ تردد المحققون في هذا ، فصار صائرون إلى الحل ؛ لأن الرجعة وقعت وهي بعد لم تخض في عدة الشبهة ؛ فإنها إنما تخوض في عدة الشبهة إذا وضعت حملها ، فلا مانع من الحل في الحال .

ومن أصحابنا من قال : هي محرمة ؛ فإنها ، وإن لم تكن في عدة الشبهة ، فهي على عُلقة عظيمة ، من عدة الشبهة ؛ من حيث إنها ستقبلها ، ولو أحللناها لتوالى وطآن ، وهذه صورة لا يستحسنها الشرع ، والتردد الذي ذكرناه في حل الوطء يجري في صلب النكاح [مثله]^(٢) إذا كانت المرأة حاملاً من زوجها ، فوطئها واطئ بالشبهة ،

ش ٢٤٦ فعدة الواطئ لا تنقضي بوضع حمل / الزوج ، ولكنها إذا وضعت تخوض في العدة بعد الوضع ، فهل يستحل الزوج وطأها ما دامت حاملاً ؟ فعلى التردد الذي ذكرناه .

هذا الخلاف في الحل يقرب بعض القرب منه إذا كانت في عدة الشبهة ، وكانت

(١) في الأصل : كأنه .

(٢) في الأصل : منه .

بحيث ستعود إلى عدة الرجعة ، فهل يصح من الزوج رجعتها بناء على عُلقة عدة الرجعة ؟ فيه الخلاف المقدم : فإن قلنا : يرتجعها ، لأنها ستعود إلى عدة الرجعة ، [فلا يستحل^(١)] هاهنا وطأها ؛ نظراً إلى انتظار عودها إلى عدة الشبهة ؛ وإذا كنا ننتظر عودها إلى عدة الشبهة ، فكأنها الآن في عدة الشبهة .

وإن قلنا : لا يحل رجعتها إذا كانت ستعود إلى عدة الرجعة ، نظراً إلى الحال ، فعلى هذا نقول : الحامل ليست في عدة الشبهة من الحال ، فيحل وطؤها .

ومأخذ الكلام في تحليل الوطء وتصحيح الرجعة يؤول إلى أنا نعتبر الحال أو نعتبر ما يُفضي المآل إليه ؟ وفيه الخلاف الذي ذكرناه .

٩٩٠٠- وإذا كانت حاملاً عن الزوج والعدة بالحمل مصروفةً إليه ، فإذا وطئها واطىء بشبهة ، فرأت على الحمل ثلاثة أقراء على الترتيب المستقيم ، والتفريع على أن الحامل تحيض ، فقد قال القاضي : قياس ما ذكره الشيخ أبو حامد : أنها إذا وضعت حملها ، وقد انقضى في زمان الحمل ثلاثة أقراء ، فنقضى بانقضاء العدتين ، كما إذا كانت العدتان من شخص واحد ، والتفريع على أنهما لا يتداخلان إذا اختلف الجنسان .

وهذا في نهاية البعد عندنا ؛ فإن احتباس المرأة في زمن واحد في عدة رجلين لا يلائم مذهب الشافعي ، وفي أصل هذا المذهب من البعد ما نبهنا عليه ، من أن الأقراء في وضع الشرع ، إنما يقع الاعتداد بها إذا كانت دالةً على براءة الرحم ، فأما ما يُصادف منها في حالة قيام الحمل ، فليست على حكم القرء الشرعي المعتقد به .

هذا إذا كان الحمل من الزوج .

فأما إذا كان الحمل من الواطيء بالشبهة ، فلا شك أن الاعتداد عنه [يتقدم^(٢)] ، فإذا جرى الوطء في صلب النكاح ، وفُرض العلوق عن الوطء بالشبهة ، ثم طلقها الزوج ، وهي حامل عن الواطيء بالشبهة ، فالعدة عن الواطيء بالشبهة

(١) في الأصل : فلا يستحيل .

(٢) في الأصل : « تقدم » .

[تتقدم]^(١) ، فإذا وضعت ، استقبلت العدة عن الزوج بالأقراء .

ثم إن كان الطلاق رجعياً ، فهل يرتجعها في مدة الحمل ؟ فعلى الوجهين المتقدمين ؛ فإنها في الحال ليست في عدة الطلاق ، ولكنها ستصير إليها إذا وضعت ، وقد تمهد الخلاف في مثل ذلك .

فإن كان الطلاق بائناً^(٢) ، فالزوج لا يملك نكاحها ؛ فإنها في عدة الواطيء بالشبهة ، فالعدة تمنع ابتداء النكاح عن غير مَنْ منه العدة ، والمعتبر فيه أن كل عدة لو فرض فيها نكاح لم تنقطع العدة ، فالنكاح لا يصح .

والواطيء بالشبهة لو أراد أن ينكحها وهي حامل ، نظر : فإن كان الطلاق رجعياً ، لم يجز ، فإنها في حكم الزوجات ، وطريان هذه العدة عن الواطيء بمثابة طريان عدته في صلب النكاح ، فإذا وطىء واطيء بشبهة زوجة إنسان ، فالعدة تمضي والنكاح مستمر ، كذلك عدة الشبهة في حق الرجعية / لا تخرجها عن عُلقة الزوجية ، فيستحيل من الواطيء أن ينكحها .

٩٩٠١- ولو كان الطلاق بائناً ، فأراد الواطيء أن ينكحها في عدة نفسه ، فهذا على الخلاف ، فإن الزوجية زالت بالبينونة ، وهي الآن في عدة الواطيء ؛ لأنها حامل عنه ، ولكنها ستعود إلى عدة الزوج إذا وضعت ، وهذا يناظر ما لو كانت في عدة الزوج ، ومصيرها إلى عدة الشبهة .

فلو أراد الزوج أن يجدد نكاحها ، ففي تجويز ذلك خلاف قدمناه ، فلا فرق بعد البينونة بين الزوج والواطيء بالشبهة في الترتيب الذي ذكرناه ، فمن نكح منهما وهي في عدة غيره ، فنكاحه مردود ، ومن نكح منهما وهي في عدة الناكح ، ولكنها ستصير إلى عدة الآخر ، ففي صحة النكاح وجهان : أحدهما - المنع .

والثاني - الصحة .

(١) زيادة لاستقامة الكلام .

(٢) كأن كان على مال .

وهذا إذا كان مفروضاً في الحمل يحوج إلى مزيد تأنق في الترتيب ، وذلك أنا نقول :

إن كان الحمل من الزوج ، والطلاق رجعي ، فقد ذكرنا أن الرجعة تصح ، وإن كانت ستصير إلى عدة الشبهة ، ولكن عدة الشبهة لا تثبت ما لم تضع الحمل ، وهل يحل للزوج وطؤها قبل وضع الحمل ؟ فعلى وجهين .

فإذا تبين هذا ، عدنا إلى ترتيب النكاح ، فلو كان الطلاق بائناً ، نظرنا : فإن كان الحمل من الزوج والطلاق بائن ، فهل ينكحها ؟ إن قلنا : لو ارتجعها والطلاق رجعي لا يحل له [وطؤها]^(١) في مدة الحمل ، فإذا نكحها والطلاق بائن ، ففي المسألة الوجهان ؛ فإن النكاح لا يستعقب حلاً بوجه ، هذا هو الذي أوجب تخريج الخلاف .

وإن قلنا : لو ارتجعها ، لاستحلها ، فهل يجدد النكاح ؟ هذا يترتب على ما إذا قلنا : إنها تحرم في مدة الحمل ، فإن قلنا ثم : يصح النكاح ، فلأن يصح النكاح هاهنا أولى .

وإن قلنا ثم : لا يصح ، فهاهنا وجهان ، والفرق أنا لو قدرنا صحة النكاح ، لاستعقب النكاح حلاً ؛ تفريعاً على ما انتهينا إليه .

فإن قيل : ما وجه فساد النكاح إذا كان يستعقب حلاً ؟ قلنا : إنها ستصير إلى عدة الشبهة ، وهذا فيه ضعف ؛ فإن مصيرها إلى عدة الشبهة إذا لم يُوجب تحريمها في الحال ينبغي أن لا يمنع نكاحها . ثم إذا صارت إلى عدة الشبهة ، فهذه عدة طارئة على النكاح .

ولو طلق زوجته واستفتحت الأقراء ، ثم وطئت بالشبهة بعد مضي قرء ، وعلقت عن الواطئ بالشبهة ، فعدة النكاح تنقطع لا محالة ، وتصير معتدة عن الواطئ بالشبهة ، ثم إذا وضعت الحمل ، بنت على ما مضى قبل العلوق ، فتستكمل عدة الزوجية بقرأين ، وليس المعني بانقطاع العدة إحباط ما مضى ، ولكن المراد الانقطاع مع الاحتساب بما مضى .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

هذا تفصيل القول فيه إذا كانت العدتان من شخصين ، وكانتا مختلفتين إحداهما بالحمل والأخرى بالأقراء .

٩٩٠٢- وقد تمهد من أصل الشافعي أن العدتين لا تتداخلان [إلا]^(١) من شخص واحد ، وقد نص الشافعي في التعريض بالخطبة على أن الحربي إذا طلق زوجته ، فنكحها حربي [آخر]^(٢) ، ثم طلقها ، فلا يجمع عليها بين عدتين .

وقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال في المسألة قولان : أحدهما - أنهما لا يتداخلان من الحربيين ، كما لا يتداخلان من المسلميين ؛ فإن لعدة الكفر ش ٢٤٧ حكماً لا ينكر/ ، والدليل عليه أن الكافر إذا نكح كافرة في العدة ثم أسلم - والعدة باقية - فنحكم بفساد ذلك النكاح ، إذا أدركت العدة زمان الإسلام ؛ فإذا ثبت أصل اعتبار العدة ، فلا وجه للفرق بين المسلميين والكافرين في امتناع تداخل العدتين .

والقول الثاني - أن العدتين تتداخلان من الحربيين ؛ فإنه لا يثبت لهما من تأكد الحرمة ما يثبت للمسلمين ، وأصل العدة مرعي والكفار في حكم الشخص الواحد . وهذا غير سديد ، والأصح في القياس إذا سلكنا طريقة القولين ، القول الأول ، وعليه جرى الشيخ أبو بكر الأودني في المناظرة ، فإنه ألزم مسألة العدتين من الحربيين ، فارتكب^(٣) وقضى بأنهما لا يتداخلان .

ومن أصحابنا من قال : إذا نكحت الحربية حربياً وألم بها ، انقطعت عدة الأول باستيلاء الثاني ، وأملك الحربيين وحقوقهم عرضة للسقوط بالاستيلاء ، ولو قهر حربي حربية ، وكانت زوجة لحربي ، فإنه يصير بالقهر مسترقاً للحربية ، ويرتفع النكاح ، فإذا كان النكاح يرتفع ، فلا يبعد أن تنقطع العدة انقطاعاً لا يعود ، فهذا إذا قُطع للعدة الأولى ، وليس من تداخل العدتين في شيء .

(١) سقطت من الأصل ، ولا يستقيم الكلام إلا بها .

(٢) زيادة لإيضاح الكلام .

(٣) ارتكب : هذا اللفظ استخدمه الإمام أكثر من مرة ، ولم أجده مفسراً في مظانه من مجموعات وكتب المصطلحات الخاصة بالجدل والمنطق والفلسفة ، والذي يتضح من السياق أن معناه هو « التعسف واللجوء إلى الوجه الذي لا أصل له فراراً من إلزامه أمراً آخر » والله أعلم .

وقد انتجز القول في تداخل العدتين من رجل واحد ، ومن رجلين ، ثم تكميل الكلام يستدعي ما ذكره الآن .

٩٩٠٣- فنقول إذا أتت المرأة بولد لسته أشهر ، فصاعداً ، ولدون أربع سنين من يوم الفراق ، وأتت به لأقل من ستة أشهر من يوم الوطء ، فالولد يلحق بالزوج [وينتفي] ^(١) عن الواطيء .

ولو أتت بالولد لأكثر من أربع سنين من يوم الطلاق ، ولسته أشهر من يوم الوطء ، فهو ملحق بالثاني .

وإن أتت به لأقل من أربع سنين من يوم الطلاق ، ولسته أشهر فصاعداً من يوم وطء الشبهة ، فيحتمل أن يكون العلوق بهذا المولود من الأول ، ويحتمل أن يكون من الثاني .

فإذا أشكل الأمر ، فهذا [أوان القائف] ^(٢) فريه معهما القائف ، ونلحقه بمن يلحقه القائف به ، والقول فيما يعتمده القائف ، وفي إلحاقه وصواب منطقته وخطئه يأتي مستقصى في آخر دعاوى ، إن شاء الله .

وقد ذكر الأصحاب طرفاً صالحاً من الكلام في القائف هاهنا ، فرأيت تأخيرها إلى موضعه - إن شاء الله - ونذكر ما يتعلق بأمر العدة ، ونقتصر عليه فنقول : إذا تردد المولود كما وصفناه ، وأرئنا الولد القائف : فإن ألحقه بالزوج ، فعدته تنقضي بوضع الحمل ، والمعتبر في عدة الواطيء بالشبهة الأقراء .

وإن ألحقه بالواطيء بالشبهة ، فالمعتبر في عدة الزوج الأقراء .

ومضى تفصيل الكلام في كل صورة من هاتين الصورتين : أوضحنا ما إذا كان الولد منه - نعني الزوج - وبيتنا حكم الرجعة ، وتجديد النكاح في عدتي الرجعة والبينونة ، وذكرنا الحكم في نقيض ذلك ، فلا حاجة إلى الإعادة .

٩٩٠٤- وإن تردد المولود بينهما ، ولم نجد بياناً من القائف ، وذلك بأن يُشكل

(١) في الأصل : يلحق بالزوج منتفي عن الواطيء .

(٢) في الأصل : أمان القائف .

ي ٢٤٨ الأمر عليه أو بأن يلحقه بهما ، أو لا نجد / قائفاً ، فالصورة مشككة في أمر النسب ، وسيأتي حكم الإشكال في مقتضى النسب .

٩٩٠٥- وأما حكم العدة - والنسب مشكك - كما ذكرناه - نقدّم^(١) على هذا أصلاً مقصوداً في نفسه ، رتبته العراقيون ، والشيخ أبو علي رضي الله عنه .

ثم نرجع إلى المسألة التي نحن فيها ، وإن أحببنا ذكرناها في أثناء الترتيب ، فنقول :

إذا وطئ أجنبي المعتدة عن الزوج بشبهة ، ولزمتها عدتان ، فلو أتت بولد لزمان لا يحتمل أن يكون من الأول ، ولا من الثاني ، وذلك بأن تأتي به لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ، ولأقل من ستة أشهر من وقت الوطء بالشبهة ، فإذا وضعت مثلاً هذا الحمل ، فهل تنقضي بوضعه عدة ؟

قال العراقيون : من أصحابنا من قال : لا تنقضي بوضع هذا الحمل ، لا عدة الزوج ، ولا عدة الواطئ بالشبهة ؛ فإن من أصلنا أن وضع الحمل إنما يوجب انقضاء عدة من الحمل منه ، وهذا الحمل ليس ملتحقاً بالأول ولا بالثاني ، فلو حكمنا بانقضاء عدة واحدة منهما على التعيين ، لكان ذلك باطلاً ، من وجهين : أحدهما - أن الحكم بالانقضاء مقتضاه التحاق الولد الموضوع بمن حكمنا بانقضاء عدته ، والثاني - أن تعيين أحدهما تحكّم .

والوجه الثاني - حكوه عن الشيخ أبي حامد ، وهو أن عدة أحدهما تنقضي لا بعينه وتعتد بالأقراء عن أحدهما .

ثم رتب الشيخ أبو حامد ترتيباً حسناً ، ذكره الشيخ أبو علي واستحسنه ، وذلك أنه قال : الولد الذي لا يُحتمل لحوقه بالزوج أصلاً لا تنقضي العدة به ، وهو مثل أن تأتي زوجة الصبي ، وهو ابن ثمان بولد ، فلا تنقضي عدتها عنه بوضع ذلك المولود ، ولو أتت المرأة بولد نسبته ملتحق لو لم يفرض نفيه باللعان ، ولكن نفاه الزوج ،

(١) جواب أما (بدون الفاء) .

[والتعن]^(١) على نفيه ، فالنسب منتفٍ ، والعدة تنقضي بوضعه ، اتفق الأصحاب عليه ؛ فإن النسب وإن انتفى باللعان ، فلحوقه ممكن ، وأمر انقضاء العدة يتعلق بالإمكان والرجوع فيه إلى قول المرأة ، [ولئن]^(٢) نفينا الولد لأجل اللعان ، لم نرفع الحكم بانقضاء العدة عند ظهور الاحتمال .

ولو أتت المرأة بولد حكمه أن ينتفي بلا لعان ولكن يحتمل أن يكون من الزوج مع قضائنا بانتفائه من غير لعان ، وذلك بأن يطلق الرجل زوجته [طلقة]^(٣) مبينة ، فتأتي بالولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق المبين ، فهذا ولد لا يحتمل أن يكون العلوق به من النكاح ؛ فلأجل هذا ينتفي عن الزوج بلا لعان ؛ فإنه إنما يلحق النسب الذي يُحتمل تقدير علوقه من النكاح ، فعند ذلك يُلحق الفراش النسب بصاحب الفراش ، فلا ينتفي عنه من غير لعان .

فأما إذا زال إمكان العلوق في النكاح ، فالولد ينتفي من غير لعان ، ولكن الإمكان غير زائل بالكلية ؛ إذ من الممكن تقدير وطء من الزوج بالشبهة بعد الطلاق المبين ، ولو فرض ذلك ، لكان النسب لاحقاً ، ثم تنقضي العدتان على المذهب الصحيح بوضع الحمل ، على التقدير الذي ذكرناه .

٩٩٠٦- فإذا تصوّرت المسألة ، فالذي / ذكره الشيخ أبو حامد أن العدة تنقضي في ٢٤٨ ش هذه الصورة من الزوج لما ذكرناه من الاحتمال ، [وإن كان]^(٤) النسب منتفياً من غير لعان .

والتعليل ما ذكرناه من الاحتمال ، وحققنا أن انقضاء العدة يعتمد الاحتمال ، فالولد المنتفي بلا لعان إذا تطرق إليه احتمال العلوق كالولد المنفي باللعان ؛ فإنهما جميعاً منتفیان ، والاحتمال شامل للمسألتين .

(١) في الأصل : والنفي على نفيه .

(٢) في الأصل : فلأن .

(٣) في الأصل : طلقتم .

(٤) في الأصل : فإن كان .

وإنما افترقت المسألتان في [السبب]^(١) الذي حصل الانتفاء به ؛ فإنه حصل في أحدهما باللعان ، وفي الأخرى بأمرٍ متعلق بالزمان ، والذي يحقق الجمع بينهما أن الملاعن لو استلحق الولد بعد نفيه ، للحقه ، والذي أتت زوجته المطلقة بالولد لأكثر من أربع سنين لو استلحق الولد بتقدير الوطء بالشبهة بعد الطلاق ، للحقه الولد ، فهما جميعاً منفيان معرّضان للحقوق في المسألتين ، وليس كما لو أتت امرأة ابن ثمان بولد ؛ فإنه لا يتعرض للحقوق قط ، فهو الذي لا تنقضي العدة بوضعه .

وإذا تردد الأمر بين عدّتين ، وأشكل مع نفينا الولد عن كل واحد منهما ، وذلك بأن تأتى بالولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ، ولأقلّ من ستة أشهر من وقت الوطء ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه لا تنقضي عدة واحد منهما ؛ فإن النسب منفيٌّ عنهما ، وليس أحدهما أولى بتقدير الاستلحاق من الثاني ، والحكم بالانقضاء على الإبهام غير متّجه .

والوجه الثاني - وهو اختيار الشيخ أبي حامد - أنه تنقضي عدة أحدهما لا بعينه ، وهذا اختياره ، وهو الصحيح عند أئمة المذهب ؛ فإن المعتمد في انقضاء العدة الاحتمال وهو متحقق في حق كل واحد منهما ، وجهه في الزوج تقدير وطء بعد الطلاق ، ووجهه في الواطئ تقدير وطء قبل الوطء الذي ظهر لنا ، ولكن يتصور الالتحاق بهما جميعاً فيهم الأمر ويُقضى بانقضاء إحدى العدتين ، ونأمرها بأن تتربص ثلاثة أقراء ، فيقع الاعتداد بها عن أحدهما ، وإذا فرغت عن الوضع والتربص ، فقد تخلّت عن العدتين .

هذا هو الترتيب الحسن البالغ .

٩٩٠٧- ومن أصحابنا من قال : إذا أتت المطلقة بولدٍ بعد الطلاق لزمانٍ لا يحتمل أن يكون العلوق به من صلب النكاح ، ووقع القضاء بانتفائه من غير لعان ، فلا تنقضي العدة بوضعه أيضاً ، وهذا يضاهي أحد الوجهين فيه إذا تردد الولد بين الرجلين ، والفرق بين صورة التردد وبين هذه الصورة عسرٌ ، وهذا القائل يقول : إنما تنقضي

(١) في الأصل : النسب .

العدة بوضع ولد لاحقٍ أو بوضع ولد يلحق لولا اللعان ، فأما الولد الذي ينتفي من غير حاجة إلى النفي ، فلا تنقضي العدة بوضعه .

وهذا وإن أمكن توجيهه ، فالفقه ما ذكره الشيخ أبو حامد .

فإذا تبين هذا ، ألحقنا به^(١) أن الولد المتردد بين الزوج والواطىء إذا التحق بالقيافة بأحدهما ، فلا حكم للاحتمال في حق الثاني ، بل كما يلحق الولد بمن ألحقه القائف به فكذاك يُعيّن ذلك الشخص ، ونقول : تنقضي العدة عنه ، فإذا قيل لنا : الاحتمال قائم في حق^(٢) /

٢٤٩ ي

٩٩٠٨- ولو لم نجد قائفاً ، أو وجدناه ولم يبيّن ، فالوجه أنه تنقضي عدة أحدهما بوضعه^(٣) ، لا بعينه ؛ لأنها أتت به لزمان الإمكان منهما .

وقد ذكرنا أنها لو أتت به بحيث يحتمل أن يكون من النكاح [ويحتمل]^(٤) أن يكون من وطء الشبهة أنه تنقضي عدة أحدهما لا بعينه بوضعه ، وإن انتفى نسبه عنهما ، فمع احتمال أن يكون من كل واحد منهما وجب الحكم بانقضاء إحدى العدتين .

وإذا أشكل أمر الولد وأمر العدة [ولم]^(٥) يمكن جعل العدة بالحمل من الزوج ؛ فإن كان الطلاق رجعياً ، فارتجعها في الحمل ، فنبنى على أن الحمل لو كان من الوطء ، وقد طرأ على الأقراء ، ففي صحة الرجعة - بناء على أنه ستعود إلى عدة الرجعة

(١) ألحقنا به أي بالبيان الذي بيناه . (وفي الأصل : ألحقناه به) .

(٢) هنا سقط قدره لوحتان من المخطوط ، وهو نسخة وحيدة للأسف ، وهاتان اللوحتان موجودتان ، ولكن ذهب بالكتابة فيهما ما ذهب ، فلم يبق إلا خيال لبعض العبارات في أطراف الصفحات .

وسنضع مكان هذا الذي ذهب مختصر ابن أبي عصرون ، فهو يأتي بألفاظ الإمام تقريباً ، وطريقته أنه يترك بعض التفاصيل في الشرح ، وبعض الكلمات ، ويحافظ بعد ذلك على ألفاظ الإمام ، ولا نجد له إلا ألفاظاً يربط بها بين الجمل ، مع شيء من التقديم والتأخير ، ونادراً إبدال لفظ مكان لفظ .

(٣) بوضعه : أي الحمل .

(٤) في الأصل : ولا يحتمل .

(٥) في الأصل : لم (بدون الواو) .

ش ١٦٥ - خلاف ، فإن قلنا : تصح الرجعة ، والحمل للواطىء بالشبهة^(١) / فإذا أشكل ، وارتجع ، صحت الرجعة ؛ لأن الحمل إن كان من الزوج ، فقد ارتجع في عدته ، وإن كان من الوطاء ، فيصح ، بناءً على أن مصيرها إلى عدة الرجعة بوضع الحمل .

وإن قلنا : لا يصح إذا تعين الحمل للواطىء بالشبهة ، فإذا أشكل ، لم نحكم بصحة الرجعة لاحتمال أن الحمل لغير الزوج ، فإن أراد تصحيح الرجعة ، فالوجه أن يراجعها مرتين مرة في الحمل ، ومرة في الأقراء بعد الوضع ؛ لأنه قد أتى برجعة صحيحة في عدته ، ولو اقتصر على رجعة في أحد الحالين ، لم يصح .

ولو كان الطلاق بائناً ، فجدد نكاحها في مدة الحمل ، لم يصح ؛ لجواز وقوعه في عدة الشبهة ، وكذا لو نكحها في الأقراء بعد الوضع ، ولو نكحها مرة في زمان الحمل ، ومرة في مدة الأقراء ، فقد وقع أحد النكاحين في عدة منسوبة إليه ، ولكن لم يتعين النكاح الصحيح ، ففيها وجهان : أحدهما - يصح نكاحٌ غير متعين ، كالرجعة غير متعينة . والثاني - لا يصح نكاح - على إبهام أمرهما - موقوف ، والنكاح لا يوقف ابتداءً ، والرجعة تقبل ما لا يقبله النكاح ، ولذلك لا تصح رجعة المحرمة ، وتصح الرجعة من المحرم ، ولا يصح نكاح المحرم ولا المحرمة ، وفي وجه بعيد لا يصح الرجعة مع الإحرام كما لا يصح النكاح .

٩٩٠٩- وأما النفقة ؛ فإذا كان الطلاق مبيناً ، والحمل يتردد بين الزوج والواطىء ، فالنفقة واجبة ؛ لأن البائنة تستحق النفقة مع الحمل ، ولو كان الحمل من الواطىء ، ففي وجوب النفقة عليه قولان ، ومع الإشكال لا يطالب بها واحدٌ منهما قبل الوضع ، ي ١٦٦ لاحتمال أنه^(١) من الشبهة ، فإذا وضعت ، وألحقه القافة بالزوج ، أو انتسب المولود إليه بعد البلوغ ، فعلى الزوج نفقة زمان الحمل ، وإن ألحقه بالواطىء بالشبهة ، ففي وجوبها عليه القولان ، ولا تسقط النفقة بمضي الزمان ، وإن أوجبناها على الزوج ، وقلنا : تجب للحمل ، فهو كإيجابها على الواطىء ، وإن قلنا : للحامل ، لم تسقط عنه .

ولو نكحت المعتدة غالطةً نكاح شبهة ، فلا نفقة لها ؛ لأنها كالناشزة ، وقد ثبت النشوز مع الجهل به .

فصل في

٩٩١٠- المطلقة الرجعية إذا وطئها أجنبي بشبهة ، وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما ، فارتجعها في مدة الحمل ، ثم وضعت ، وألحقته القافة بالشبهة ، ففيها^(١) وجهان ، والأولى القطع بصحتها ، لأننا إن نظرنا إلى التبين^(٢) فتصح ، والنظر إلى التردد حالة الارتجاع لا أصل له ، والأولى استصحاب عدة الطلاق . نعم ، في تجديد نكاحها خلاف يقرب ويتجه ، وقد قدرنا فرض رجعتين إحداهما في الحمل والأخرى في الأقراء ، والمذهب تصحيح الرجعة ، وذكرنا في إيقاع النكاحين مرتبين وجهين .

فصل في

٩٩١١- صح النقل عن الأصحاب أن الزوج إذا طلق زوجته ثم كان يعاشرها معاشرة الأزواج ، فلا تنقضي العدة .

وقال المحققون : هذا خارج عن القياس ؛ فإن العدة انقضاء زمان ، ثم على المرأة تعبدات محتومة في العدة أولها بالمراعاة التربص ، وترك التبرج ، والانعزال عمن كان زوجها ، وقد يتعلق بها الإحداد ، ثم لو تركت جميع^(٣) ذلك ، وانقضى ١٦٦ ش الزمان ، نحكم بانقضاء عدتها . هذا هو القياس ، ولا يعرف فيها خلاف أنها لو كانت تخالط الرجال الأجانب تنقضي عدتها ، وإن أثمت . والمنقول لم يوجد نصاً للشافعي في شيء من كتبه .

(١) ففيها : أي في الرجعة .

(٢) أي تبينا بعد الوضع وإلحاق القافة أنه راجعها في عدة الحمل من وطء الشبهة .

(٣) الرقم هنا لصفحات مختصر ابن أبي عصرون .

قال القاضي : لم يفرق الأصحاب فيما ذكروه بين البائنة والرجعية ، وأرى الفرق بينهما ، فأقول : مخالطة البائنة لا أثر لها في المنع من انقضاء العدة ، لانقطاع علائق النكاح ، فالمطلق أجنبي . والرجعية إذا خالطها مخالطة الأزواج ، فيجوز ألا تنقضي العدة ؛ لأنها في حكم الزوجات ، وهي زوجة بخمس آيات من كتاب الله تعالى ، ولا يعتد بالعدة في صلب النكاح الذي منه تعتد ، والقياس ألا تعتد إلا بائنة ، وعدة الرجعية مع بقاء أحكام من الزوجية مشكل ، فيشترط لها الاعتزال .

وهذا حسن ، [والاحتمال]^(١) قائم ؛ لأن طلاقها أعقب الاعتداد ، وأثبت التحريم ، فوجب أن تعتد بمضي الزمان ، وما ذكر من المخالطة مبهم ، ولم يريدوا به الوطء ، بل على [زعمهم]^(٢) يكفي أن يخلو بها ، ولا يكفي دخول دار هي فيها من غير خلوة ، ولو مضى من العدة شيء ، ثم اتفقت خلوة واحدة ، لم ينقطع ما مضى ، ويمتنع الاحتساب بزمان الخلوة .

ولو كان يخلو بها ليلاً ، ويفارقها نهاراً ، فينزل على المعتاد من معاشرة الزوجات ، وليس بمعتاد امتداد الخلوة بالزوجات ، فالزمان المتخلل بين الخلوتين قدر العادة لم يحتسب به من العدة ، ولو خلا بها ، ثم طال انقطاعه عنها ، حسبت المدة الطويلة ، ولا يتجه غير التلفيق .

وهذا تفريع مضطرب جرّه خروج الأصل عن القياس^(٣) / والقول بتداخل العدتين ي ١٦٧ يشعر بأن الوطء لا يقطع العدة الأولى ، فلا يبطل ما مضى ، لكنه في لحظة ، فلم يتعرضوا له ، ولا يعتد بزمان الوطء من عدة الوطء بالشبهة ، ولا من عدة الطلاق على قياس قول الأصحاب^(٤) .

(١) في الأصل : والإحمال .

(٢) في الأصل : زعمكم .

(٣) الرقم هنا لصفحات مختصر ابن أبي عصرون .

(٤) إلى هنا انتهى المنقول من مختصر ابن أبي عصرون ، وفي فقراته الأخيرة تكرار وتداخل مع ما بعده من نسخة الأصل من النهاية .

٩٩١٢- / (١) قد ذكرتم في تداخل العدتين أن المطلق إذا وطئ زوجته الرجعية ، ٢٥١ ي ثبتت عدة الشبهة ، وجرى الحكم بتداخل العدتين ، وهذا يُشعر بأن الوطء لا يقطع العدة الأولى . قلنا : نعم ، الوطء لا يبطل ما مضى ، ولكنه في لحظة ، فلم يقع من الأصحاب التعرض لها ، ولو أنها غير معتد بها ، ولا شك أن زمان الوطء لا يعتد بها (٢) من عدة الشبهة ، ولا يُعتد بها على قول الأصحاب من عدة الطلاق ، فهذا ما يجب التنبه له .

٩٩١٣- ومما يتصل بهذا أن الرجل إذا نكح امرأة نكاح شبهة ، وكان يغشاها ، فلا خلاف أنه لا يمضي من العدة شيء ما دام يغشاها ، ولا نقول : كما (٣) وطئها الوطأة الأولى ، شرعت في العدة ، ثم تلفق الأوقات المتخللة بين الوطآت ونقضي بأنها كالمعتدات في تلك الأوقات ، غير أن الوطأة الأخيرة تستعقب عدة كاملة . هذا لم يقله أحد ، وهو يؤكد ماذكرناه في الرجعية من أن معاشرة الزوج إياها يمنع الاحتساب بالعدة .

نعم ، اختلف القول في ابتداء العدة من أي وقت تحتسب . فأحد القولين - أنه يحتسب من الوطأة الأخيرة .

والقول الثاني - أنه يحتسب من وقت التفريق بينهما ، وهذا الأصل قد تقدم بالرمز إليه ، ولم نستقصه في موضع ، ونحن نقول ها هنا : القولان في ابتداء العدة عن الواطئ بالشبهة المذكوران كما أوردناه الآن ، فإن قلنا : ابتداء العدة من آخر وطأة ، فلا كلام ، وإن قلنا : من وقت التفريق ، فيعترض عليه أن الشبهة لو انجلت وتبين زوالها ، وكان يديم المعاشرة على علمٍ بالتحريم القاطع ، فالوجه عندنا أن نقول : هذا لا يمنع انقضاء العدة . والمعنيُّ بافتراقهما انجلاء الشبهة لنا . [وفي] (٤) هذا فضل نظر ، سنعود إليه من بعد إن شاء الله .

(١) عودٌ إلى نصّ النهاية . والله المعين .

(٢) بها : أنث الضمير على معنى « اللحظة » ، وقد تقدم التلغظ بها .

(٣) أي عندما .

(٤) في الأصل : في هذا (بدون واو) .

٩٩١٤- ومما يتصل بهذا الآن أن المعتدة عن الزوج إذا نكحت نكاح شبهة على ظن أن العدة قد انقضت ، وافترشها من نكحها على الشبهة ، فالعدة تنقطع من وقت العقد ، ومنهم من قال : تنقطع من أول وطأة تتفق من الزوج على الشبهة ، ثم متى تعود إلى البناء على العدة الأولى ؟ ذكر الأصحاب القولين اللذين ذكرناهما في نكاح الشبهة في الاعتداد من المفترش على الشبهة فقالوا : تعود إلى بقية العدة الأولى من آخر وطأة في قول وتعود إليها من وقت التفريق على قول ، فذكروا في العود إلى العدة ما ذكروه في ابتداء العدة [عن] ^(١) الواطيء بالشبهة إذا لم يكن نكاح الشبهة وارداً على عدة .

وهذا فيه إذا لم تحبل من المفترش في العدة ، فإن حبلت ، فلا شك أن عدة الحبل إذا بان الأمر مقدمة على بقية العدة الأولى ، كما تقدم تفصيل هذا في تداخل العدتين .

فيخرج مما ذكرناه الآن ما استبعده القياسون من أن مخامرة الزوج المعتدة في العدة ش ٢٥١ يمنع من انقضاء العدة ليس من البعيد ، وهو خارج على هذا الأصل / الذي ذكرناه الآن ؛ فإن نكاح الشبهة والمخامرة بحكمه إذا تضمن منع انقضاء العدة ، فمخامرة الزوج لا يبعد أن تتضمن منع انقضاء العدة .

٩٩١٥- ثم ينشأ من هذا المنتهى وجوه من الرأي من أهمها أن نقول : ما ذكره الأصحاب من أن المخامرة من الزوج تمنع انقضاء العدة يجب أن يكون محمولاً على ما إذا كان يخامرها ظاناً أن النكاح باقٍ ، فيكون معاشرته إياها على مضاهاة النكاح الفاسد يطرأ على العدة ، وتخرج خروجاً حسناً .

فأما إذا طلقها ثلاثاً مثلاً ، وعلم أنها محرمة عليه ، فأخذ يعاشرها مع القطع بالتحريم ، فيجب ألا يؤثر هذا النوع من المخالطة في انقضاء العدة ، إذ لو فرض اختلاطها بالأجانب مع العلم بالتحريم لما أثر ذلك قطعاً ، فلا يضر أن تجعل مخالطة المطلق معتبراً ^(٢) بمخالطة الأجانب [و] ^(٣) يخرج منه أن مخالطة الرجعية تمنع على كل

(١) في الأصل : والنفي .

(٢) معتبراً ، أي مقيسة بمخالطة الأجانب .

(٣) زيادة من المحقق .

حال ؛ فإنها تقع على حكم الشبهة ، وكيف لا ، وقد صار إلى تحليل الرجعية طوائف من العلماء .

ومما ينشأ من ذلك أن من نكح معتدة وافترشها ففي وقت انقطاع العدة خلاف قدّمته ، فإذا خرّجنا عليه مخالطة الزوج المعتبرة ، ورأينا تنزيل المخالطة على الشبهة ، فيجب أن نقول : نفس المخالطة تمنع انقضاء العدة من غير اشتراط وطء ؛ فإن هذه المخالطة مستندة إلى وطء النكاح مترتبة عليه ، وليس كذلك حكم نكاح الشبهة إذا طراً .

والذي نقله الأئمة عن الأصحاب أن نفس المخالطة من الزوج تمنع العدة ، ولم يفصلوا بين الشبهة والعلم بالتحريم ، والذي ذكرته من التنزيل على حالة ظن الحلّ لست أرى منه بدأ ؛ فإن الزوج إذا كان يخالط المطلقة ثلاثاً أو كان يزني بها ، فلست أرى الزنا قاطعاً ، ولا معاشرة الزناة مؤثرة .

٩٩١٦- ومما يتصل بتمام القول في ذلك أن نكاح الشبهة إذا طراً على العدة ، واتصل به الوطء ، ثم انكف النكاح وانعزل ، وهو على اعتقاد الافتراش ، فانقضت مدة العدة في زمان انعزاله ، فالذي تقتضيه القواعد التي مهدناها أن العدة لا تنقضي إذا كان في علم الله أنه سيعود إلى وطئها ، فلا ينبغي أن نغيّر القواعد بالصورة .

والضابط فيه أنا لو صورنا نكاح شبهة من غير طريان على العدة ، ثم صورنا وطأتين بينهما انعزال في مدة طويلة ، فلا نحكم بانقضاء العدة عن الواطئ بالشبهة ، وكل ما يمنع انقضاء العدة عن الواطئ ، يمنع العود إلى العدة التي طراً نكاح الشبهة عليها ، وهذا هو المعتبر الحق الذي لا يسوغ الحيّد عنه .

وبالجملة استمرار الشبهة واتحادها وانسحابها حكمٌ بيّن في وضع الشرع ، وآية هذا أن نكاح الشبهة إذا اشتمل على وطأت كثيرة ، فلا يجب إلا مهر واحد ، وإن تعددت الوطآت .

ولو فرض تعدد الشبهات ، وتخلل الانجلاء في أثنائها ، واشتملت كل شبهة على وطء ، لتعددت المهور .

ي ٢٥٢ ٩٩١٧- ومما يدور في الخلد/ أن من نكح معتدة نكاح شبهة - ورأينا التفريع على انقطاع العدة قبل الوطء ، فماذا نقول لو لم تزف حتى انجلت الشبهة ؟ وماذا نقول إذا زفت ، ولم يتفق الوطء حتى انجلت الشبهة ؟

أما إذا لم تزف حتى انجلت الشبهة فليست أرى إلا القطع بأن العدة لا تنقطع ؛ فإن صورة النكاح لا تُفضي إلى ملابسة ، ثم كانا على ظنٍّ مجرد ، فزال ، فالعدة على استمرارها . هذا ما أراه .

فأما إذا زُفَّت ، وكان النكاح على الشبهة يلبسها ولا يطؤها ، فانجلت الشبهة ، فهذا فيه تردد عندي : فإن كنا نفرع على أن انقطاع العدة لا يتوقف على جريان الوطء ؛ من جهة أنا إنما نحكم بالانقطاع قبل الوطء إذا جرى الوطء ، فنجعل ما تقدم على الوطء كالمقدمة له . والتابع قد يسبق وقد يلحق .

فينتظم بعد هذه الشبهات صور : إحداها - أن تزف فيطأ ، فالعدة تنقطع من وقت الزفاف على هذا الوجه الذي نفرع عليه ، وفيه الخلاف المشهور .
الصورة الأخرى - أن تزف ولا يتفق الوطء وتنجلي الشبهة ، وفيه التردد الذي ذكرته .

ولو لم يتفق الزفاف حتى انجلت الشبهة ، فالوجه عندي القطع بأنه لا تقطع العدة ، وإذا اتصل النكاح بالوطء ، وفرعنا على أن انقطاع العدة قبل الوطء ، فإنه تنقطع من وقت الزفاف ، [أم] ^(١) تنقطع من وقت النكاح ؟ فيه شيء لا يخفى وجه الاحتمال فيه .

وأما ما كنا ذكرناه في أن الموطوءة في نكاح الشبهة من غير فرض عدة سابقة متى تبدىء العدة من الواطيء ، وأشرنا إلى القولين ، ثم قلنا على قول التفريق : يعني التفريق بالذات والجسد أم انجلاء الشبهة ، وإذا انجلت وأدام المخامرة ، فهل تنقضي العدة ، فالوجه الآن بعد تمهّد الأصول أن نجعل مخامرة الواطيء بالشبهة مع يقين التحريم بمثابة مخامرة الزوج البائنة مع يقين التحريم .

فهذا نجاز القول في هذا الفصل .

(١) في الأصل : هل .

وقد خلطت حكمَ نكاح الشبهة والعدة عن الواطئ بالشبهة ، وحكمَ انقطاع العدة بطريان النكاح ، وحكمَ معاشرة الزوج خلطاً ، وبيان هذا الفصل في خلطه ؛ فإن هذه الفصول الثلاثة ناشئة من أصل واحد والله أعلم .

فَرَجٌ : ٩٩١٨- إذا نكح الرجل معتدةً نكاح شبهة ، ثم تبين الفساد ، واجتنبها فخلت عن العدة الأولى ، فللذي نكحها على الشبهة أن ينكحها بعد التخلي من العدة .
هذا هو المذهب ، وعليه التعويل .

وللشافعي قول في القديم : أن المنكوحة على الفساد في العدة محرمة على الناكح أبداً . واعتمد في هذا قضاء عمر . ومعظم أقواله القديمة تخالف الأقيسة الجلية ، وتستند إلى أقضية وآثار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وتُمسك [بطرف] ^(١) من المعنى الكلي . وقال : من نكح معتدة فقد تعجل الاستحلال قبل أوانه ، فعوقب بالحرمان والتحريم المؤبد ، كما يعاقب قاتل موروثه بحرمان ميراثه أبداً .

ثم سبب الشافعي بشيء لا بد من / التنبه له ، فقال : « الناكح في العدة منتسب إلى ٢٥٢ ش إفساد النسب وخلط المياه لإقدامه على النكاح قبل الاستبراء » ؛ فقال العراقيون : هذا الذي ذكره يوجب أن من وطئ زوجة الغير بشبهة ؛ فإنها تحرم عليه على الأبد ؛ فإن النكاح في العدة وهي تابعة النكاح الصحيح وعُلقته إذا كان توجب تحريم الأبد ، فالوطة في النكاح لأن يوجب ذلك أولى .

وفحوى كلام الأئمة في التفريع يدل على أن من زنى بمعتدة أو منكوحة ، لم يكن زناه سبباً لتحريمها ؛ من جهة أن الزنا لا يتضمن اختلاط النسب ؛ إذ لا نسب لزاني ، ولا ينتسب إلى الزاني ولدٌ ، وفيه جواب : إن من نكح أجنبية خلية عن النكاح والعدة نكاح شبهة ، فلا تحرم عليه ولا يجري القول القديم فيه ، وإنما يجري ذلك القول في الواطئ في نكاح أو عدة مترتبة على النكاح ، ولا يمتنع عندنا جريان هذا القول في عدة الشبهة ؛ فإن نكاح الشبهة فراش يترتب عليه النسب ، كما يترتب على النكاح الصحيح .

(١) في الأصل : يطوف .

وبالجملة لا أصل للقول القديم ، وهو مرجوع عنه ، ولولا إقامة الرسم ومحاولة نقل ما بلغني ، لما كنت أعد الأقوال القديمة مذهباً للشافعي .

وقد يعترض من طريق المعنى أن الزنا يفسد النسب من قبل أن الزوج إذا تحقق الزنا بزوجه تسلط على قذفها ونفى ولدها باللعان ، ولكن قطع الأصحاب بأن الزنا لا يحرم المزني بها على الزاني ، وقد صح عندنا من مذهب بعض السلف أن المزنية محرمة على الأبد على الزاني ، وهذا فيما أظن رواية عن مالك^(١) ، والعلم عند الله .

فَرَجٌ : ٩٩١٩- إذا وطىء الرجل حرةً حسبها مملوكته ، فوطئها على هذا الظن ، فعليها أن تعتد عدة كاملة : ثلاثة أقراء ، إن كانت من ذوات الأقراء ، أو ثلاثة أشهر ، ولا نظر إلى تفصيل ظن الواطيء ، والاعتداد بكمالها في نفسها . والحرّة إذا أخذت في الاعتداد أكملت العدة .

ولو وطىء أمةً وحسبها حرة : مثل أن يقدّرها منكوحته الحرة ، فإذا بان أنها أمة ، ففيما تستقبله من العدة وجهان : أحدهما - أنها تعتد بقرأين نظراً إليها وأقصى عدة الأمة قرءان إذا كانت حائلاً .

والوجه الثاني - أنه يجب عليها عدة كاملة ثلاثة أقراء نظراً إلى ظن الواطيء ، ويجوز أن يعتبر ظنه ؛ إذ عليه تثبت حرية الولد إذا وطىء أمة الغير ظاناً أنها زوجته الحرة فنحكم بأن الولد تعلق حراً ، اعتباراً بظنه ، وإن كان مقتضى القياس أن يتبع الولد الأم في الرق والحرية ، ولذلك أوقفنا ولد الحر من زوجته الأمة .

٩٩٢٠- ثم عقد الشافعي باباً مضمونه شيئان : أحدهما - أن الرجعية إذا مات عنها

(١) لم نصل إلى هذه الرواية عن مالك ، والمعروف من مذهبه كراهة التزوج بالزانية وجواز ذلك بعد الاستبراء . أما القول بتأييد تحريم الزانية على الزاني فقد نسبته القاضي عبد الوهاب في (عيون المجالس) للحسن البصري . (ر . المدونة : ١٨٧/٢ ، عيون المجالس : ١٠٧٤/٣ مسألة ٧٦٠ . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٧٠١/٢ مسألة ١٢٥٦ ، ١٢٥٧ . الكافي لابن عبد البر : ٢٤٤ . القوانين الفقهية : ٢١٢ . الشرح الصغير : ٣٤٩/٢ ، حاشية الدسوقي : ٢٢٠/٢) .

الزوج تنتقل إلى عدة الوفاة بخلاف [البائنة]^(١) ، لأن الرجعية في معنى الزوجات يلحقها الطلاق ، والإيلاء والظهار ، ويجري التوارث بينهما^(٢) والبائنة أجنبية لكنها مستبرأة عن النكاح .

والمقصود الثاني - أن الرجعية إذا ارتجعها الزوج ثم طلقها من غير مسيس بعد الرجعة ، فإنها/ تستأنف العدة أم تبني على ما كان منها ؟ فيه قولان قدمنا ذكرهما ، ٢٥٣ ي وكذلك إذا طلق الرجعية في العدة ، وأتبع الطلاق الطلاق ، ففيه ترتيب مضي وتفريعات بالغة لا نعيد منها شيئاً . وهذا مضمون الباب .

* * *

(١) مكان كلمة غير مقروءة بالأصل .

(٢) عبارة الأصل فيها كلمة غير مقروءة وأخرى مقحمة ، هكذا : « ويجري التوارث بينهما... »
الزوج] ، والبائنة أجنبية » .

باب عدة المفقود وغيره

٩٩٢١- إذا غاب الرجل عن امرأته ولم ينقطع أثره ، ولم يخفَ خبره ، وطالت مدة الغيبة ، فالنكاح قائم ، والمرأة محبوسة في حِباله الغائب ، إلا أن يُفرضَ إعتسارٌ بالنفقة ، وذلك يأتي في كتاب النفقات ، إن شاء الله .

هذا قولنا وإن تضررت بسبب الغيبة ؛ وهذا بمثابة ما لو انقطع الزوج عن زوجته في الحضر ، واكتفى عنها بالجواري والشريكات ، فليس لها إلا الاستمرار على النكاح .

٩٩٢٢- وإن انقطع الخبر وخفي الأثر ، وكان لا يُعلم حياته ومماته ، فهذا موضع القولين الجديد والقديم ، على ما سنذكرهما الآن ، ونتأق أولاً في التصوير ، ونقول :

إن خفي الأثر ، وانقطع الخبر ، انقطاعاً يُشعر مثله بالموت ، ويغلب على الظن ؛ من جهة أن الحي تنتشر أخباره وينقلها الواردون والوافدون ، وفي مثل هذه الصورة نُجري القولين في أنه هل تجب فطرة العبد الغائب على هذا الوجه ؟ ولو أُعتق عن الكفارة هل نقضي ببراءة الذمة ؟ فإن كان انقطاع الخبر على هذا الوجه ، فهذا موضع جريان القولين .

وإن انقطع الخبر وأمكن حمله على تنائي الديار ، وانتهاء الرجل في الإبعاد في الأسفار إلى مكان لا يتواصل الرفاق من [مثله غالباً]^(١) ، فالانقطاع على هذا الوجه لا يُغلب على الظن الموت ، وفي كلام الأصحاب تردّد في أن القول القديم هل يجري في مثل هذه الصورة ؟ ظاهر الكلام أنه يجري مع احتمال وتردّد .

(١) عبارة الأصل : وانتهاء الرجل في الإبعاد في الأسفار إلى مكان لا يتواصل الرفاق من فالانقطاع . والمثبت من تصرف المحقق .

هذا [كلامنا في] ^(١) تصوير محل القولين .

٩٩٢٣- ونبتدىء بعد ذلك ذكر القولين : قال في القديم : تتربص بعد انقطاع الأخبار أربع سنين ، ثم تعد بعدها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، ثم تنكح إن شاءت .

قال الشافعي : قلدت فيه عمر بن الخطاب ^(٢) ، وفيه طرف من المعنى وهو أن الضرار إذا عظم مدفوع ، وقد نفسخ النكاح بالعجز عن الإنفاق والاستمتاع وغيرهما مع تعرضهما للزوال ، فإذا جاز الفسخ بهذا الضرر اليسير ، فلأن يصح بالضرار المتفاحش فيما نحن فيه أولى .

وقال الشافعي في الجديد : تصبر حتى يأتيها يقين طلاقه أو وفاته ، وعنى باليقين أن يثبت سبب الفراق بطريق من الطرق الشرعية وبينة من البينات ، ثم تتوقف إن استبهم الأمر ما عُمّرت ، وبقيت ، وقد روى المغيرة بن شعبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « امرأة المفقود امرأته ما لم يأتيها يقين طلاقه أو وفاته » ^(٣) . وعن علي رضي الله عنه أنه قال : « امرأة المفقود لا تتزوج » ^(٤) ، ولا عبرة بالصور ، فإنه لو تحقق انتقاله إلى قطر والأخبار متواصلة ، فالضرار محقق [ولا] ^(٥) يثبت / حق الفسخ . ٢٥٣ ش
ثم إن الشافعي رضي الله عنه رجع عن قوله القديم ، وغلط ^(٦) من يعتقد بالقول القديم ، وصار إلى أنه لو قضى به قاضٍ نقضت قضاءه .

وهذا المسلك يجري في معظم الأقوال الجديدة بالإضافة إلى القديمة ؛ من قبل أن

(١) في الأصل : كلام منافي .

(٢) انظر الروايات عن عمر رضي الله عنه في الموطأ : ٥٧٥ / ٢ ، السنن الكبرى : ٤٤٥ / ٧ ، كتر العمال : ٦٩٩-٦٩٥ / ٩ .

(٣) حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه رواه الدارقطني (٣ / ٣١٢) ، والبيهقي (٤٤٥ / ٧) . قال الحافظ : وإسناده ضعيف (ر . التلخيص : ٤٦٦ / ٣ ح ١٨٠٢) .

(٤) أثر علي رضي الله عنه . رواه الشافعي (ترتيب المسند ٢ / ٦٣ ح ٢٠٧) والبيهقي في الكبرى : ٤٤٥ / ٧ ، والمعرفة : ٧٢ / ٦ . وانظر التلخيص : ٤٧٣ / ٣ ح ١٨١٢ .

(٥) في الأصل : فلا .

(٦) في الأصل : وغلط على من يعتقد بالقول القديم .

التعويل في [نقض]^(١) القضاء على مصادفة قضاء القاضي سبباً معلوم بطلانه ، وكذلك يجري الجديد مع القديم ، فإنه بنى أقواله القديمة على اتباع الأثر ، وترك القياس الجلي ، وتحقق عنده في الجديد أن ذلك باطل ، فبنى نقض القضاء على معتقد إصرار مقطوع به .

قال أبو حنيفة^(٢) : يلزمها أن تمكث حتى يستكمل الزوج مائة وعشرين سنة ، ثم تنكح ؛ لأن هذا أقصى سن الآدميين في زماننا فيما بلغنا . وهذا الذي ذكره مخالف للقياس والسنة .

٩٩٢٤- فإن فرعنا على القول القديم ، فأول ما يقع البداية به أن الأربع سنين هل يضربها القاضي أم كيف السبيل فيها ؟ أما مدة الإيلاء ، فمن وقت الإيلاء ، من غير حاجة إلى الضرب من جهة القاضي ، وكذلك المدد المرعية في ضرب العقل على العاقلة يعتبر ابتداءها من وقت الجناية ، كما سيأتي ، إن شاء الله .

ومدة العنة لا بد من استنادها إلى ضرب القاضي .

وإذا قلنا في التي تباعدت حيضتها : تتربص أربع سنين ، ثم تعتد ، فلا حاجة إلى ضرب القاضي ، وهذه المدة التي نحن فيها مما ظهر فيه اختلاف الأصحاب أخذاً من فحوى كلامهم : فقال قائلون : لا بد من رفع الحكم إلى الحاكم لينظر ويرى رأيه ، ثم نبتدىء ضرب المدة ، وهي أربع سنين .

وقال قائلون : تمضي هذه المدة من غير ضرب من جهة القاضي .

وهذا الاختلاف يقرب من تردد الأصحاب في أنا إذا أثبتنا حق الفسخ بسبب الإعسار بالنفقة ، فهل [تنفرد]^(٣) المرأة بالفسخ إذا تحقق الإعسار ، أم القاضي يتولى ذلك ؟ فيه اختلاف سيأتي مشروحاً .

ووجه قرب ما نحن فيه من الإعسار أن الإحاطة بانقطاع الأخبار لا بد

(١) في الأصل : بعض .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٤٠٥ ، المبسوط : ٣٥ / ١١ ، مجمع الأنهر : ٧١٤ / ١ .

(٣) في الأصل : تتضرر .

[فيها]^(١) من اجتهاد وبحث ، وكذلك القول في الإعسار ؛ فإنه إنما يُتوصّل^(٢) إليه إذا طُلب للزوج مال ، فلم يوجد ، فاستوى الأصلان فيما نحن فيه .

ثم إذا ضربَ المدةُ بعد ما قررناه [ومضت]^(٣) ، واعتدت أربعة أشهر وعشراً ، فلا يثبت موت ذلك الغائب إلا في هذه القضية ، فلا يقسم ورثته ماله ، ولا يقع الحكم بعق مدبريه وأمهات أولاده .

والذي اختاره القاضي أنه لا بد من حكم الحاكم في ضرب المدة ، كمدة العنة .

٩٩٢٥- وإذا أردنا أن نوجز كلاماً على المدد ، قلنا : مدة الإيلاء تستند إلى أمرٍ مقطوع به ، وكذلك مدة ضرب العقل على العاقلة ، ومدة العنة مستندها دعاوى ، وفرض إنكارٍ أو إقرار ، والدعاوى لا تصح إلا في مجلس الحكم ، وهذه المدة التي نحن فيها مستندها اجتهاد من غير حاجة إلى دعوى لما ذكرناه في الإعسار .

٩٩٢٦- ثم تمام التفرع على القول القديم أنها إذا تربصت في السنين / ، ثم اعتدت ٢٥٤ ي أربعة أشهر وعشراً ، ونكحت ، فعاد الزوج الأول ، فكيف الوجه ؟ فنقول : إن لم تنكح ، فالزوج العائد أحق بها ، والزوجية قائمة .

وإن كانت قد نكحت ، فالزوج الأول العائد بالخيار بين أن ينتزعها من الزوج الثاني ، ويغرم له مهرَ مثلها . قال القاضي : هكذا حكى الشيخُ تفرعَ هذا القول ، وهو مذهب عمر .

وقد تأملت طرق الأصحاب في التفرع على القول القديم وألفيتها على نهاية الاضطراب ، وأنا أذكر جميع الطرق على وجوها ، ثم أسلط المباحثة عليها .

فالذي حكاه القاضي في التفرع أن الزوج الأول إذا عاد ، فالخيار إليه ؛ فإن أقر الزوجة تحت الزوج الثاني ، غرّمه مهرَ مثل الزوجة ، واستمر نكاح الزوج الثاني .

وإن أراد ردّ الزوجة إلى نفسه ، ثم الزوج الثاني يُغرم الزوج الأول مهرَ مثل الزوجة .

(١) في الأصل : منها .

(٢) في الأصل : يتواصل .

(٣) زيادة من المحقق .

وهذا على نهاية الميل عن القياس والقواعد .

وكان شيخنا والصيدلاني يحكيان هذا القول على نسق آخر ، وما [ذكرنا فيه]^(١) أمثل ، قالوا : إذا عاد الزوج الأول ، فنقول : له الخيار ، فإن اختار ردّ الزوجة إليه ، رددناها إليه ، وقلنا : قد بان لنا أن النكاح في حقك لم يرتفع قط ، والنكاح الثاني لم ينعقد أصلاً .

وإن اخترت تركها على ما هي عليه ، فنتبين أن النكاح في حق الثاني قد صح .

ثم لا يثبت للزوج الأول العائد الخيار إلا مرة واحدة ، فإن استردها لم يغرم للزوج الثاني شيئاً ، وإن اختار تركها فعلى الزوج الثاني أن يغرم للزوج الأول مهر مثل زوجته ؛ فإنه قد فوّت على الزوج الأول النكاح فيها ، فأشبه ذلك التزام المرضعة مهر المثل .

٩٩٢٧- وحاصل هذا القول يرجع إلى أن أصل القول القديم مبني على دفع الضرار ، ثم ليس الأمر مقطوعاً به ؛ فإن النفقة دارة ، وحقوق النكاح قائمة ، ولا ضرار : [إلا من جهة]^(٢) الانقطاع عن الاستمتاع ، فلم ينفذ ارتفاع النكاح ظاهراً وباطناً ، فإذا عاد الزوج فيعظم الأمر لو قلنا : ليس له استرداد زوجته ، [ولو ألزمناه]^(٣) الاسترداد وقد نكحت زوجته وولدت ، لعظم وقع هذا ، فجرى التفريع مردداً ناشئاً من وقف العقود . ولكن نجزنا الإحلال للزوج الثاني ، وهذا غريب على قانون الوقف ، ولكننا تبينا تنجيز الإحلال على غلبة الظن في الموت ، ثم انعطفنا آخرأ على أصل الوقف .

هذا مأخذ التفريع .

ثم قلنا : إن أقر الأول الزوجة تحت الثاني ، فقد بان أن الثاني أفسد نكاح الأول وقطعه ، فغرم المهر ، فأما إذا اختار استرداد الزوجة ، فتغريم الثاني الأول المهر

(١) في الأصل : « وما ذكر في » والمثبت من المحقق .

(٢) في الأصل : لا من جهة ...

(٣) في الأصل : وألزمناه .

بعيداً ، ولم يُفسد الأول على الثاني شيئاً ، ولكنه خيب ظنه والظن يخطئ ويصيب .

فافترق ما حكاه القاضي ، وما حكيناه في المهر ؛ فإن القاضي حكى التغريم من الجانبين ، ونحن أثبتناه من أحدهما ، وهو أقرب ، ووجه ما حكاه القاضي مذهب عمر إن صح هذا التفصيل منه .

٩٩٢٨- وذكر بعض / المصنفين مسلكاً آخر بدعاً نأتي به على وجهه ، فقال : إذا ٢٥٤ ش

رجع الزوج الأول ، [فلا]^(١) خلاف أن نكاحه مفسوخ ، ولا سبيل إلى استرداد الزوجة بحكم النكاح الأول ، أما النكاح الثاني ، ففيه وجهان : أحدهما - أن الخيار فيه إلى الزوج الأول ، فإن فسخ نكاح الثاني انفسخ ، وإن أمره ولم يفسخه ، بقي ولم يرتفع ، ثم قال : إذا فسخه يغرم الأول للثاني عند فسخه مهر مثل الزوجة .

هذا أحد الوجهين - فيما زعم - .

والوجه الثاني - أنه كما^(٢) ظهر الأول ، انفسخ نكاح الثاني بنفس ظهوره ، وقد انفسخ نكاح الأول ، كما قدمناه .

وهذا الذي ذكره هذا الرجل يخالف ما ذكره جميع الأصحاب ، وما أراه إلا غلطاً محضاً ؛ فإنه قطع بانفساخ نكاح الأول ، ثم قال في [وجهه]^(٣) الأول : إذا عاد ، [له]^(٤) حق فسخ النكاح ، وهو لا يستفيد بفسخ نكاحه شيئاً إلا أن يجدد النكاح عليها إن رضيت ، ولا نظير لهذا النوع من الفسخ .

فهذا نقل هذه الطريقة .

٩٩٢٩- وأما العراقيون ، فإنهم ذكروا مسلكاً آخر ، وأتوا مما يقرب بعض القرب ، فقالوا : إذا تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت عدة الوفاة : أربعة أشهر وعشراً ، وسلطناها على النكاح ، وأظهرنا القضاء بالفراق ، ففي المسألة ثلاثة أوجه : أحدها -

(١) في الأصل : « ولا » .

(٢) كما : أي عندما .

(٣) في الأصل : في وجهه .

(٤) زيادة من المحقق .

أن الفراق يقع عن الأول ظاهراً وباطناً ، فعلى هذا لو عاد الأول ، فبقى الزوجة منكوبة الثاني ظاهراً وباطناً ، ولا خيار لأحد ، ولا تراجع ولا تغريم بوجه من الوجوه ، والفراق الواقع بهذا السبب بمثابة الفراق الواقع بالإعسار بالنفقة أو غيره من الأسباب .

والوجه الثاني - أن الفراق الذي قضينا به ظاهراً ، ولا نحكم بنفوذه باطناً على الغيب ، وفائدة ذلك أن الزوج الأول لو عاد ، فهي زوجة الأول ، ولا خيار : لا للأول ولا للثاني ، بل هي زوجة الأول قطعاً ، والذي جرى من الثاني وطء شبهة في نكاح الغير .

والوجه الثالث - أن الزوج الأول إذا عاد بعد ما قضينا بالفراق وتزوجت ، فلا ننقض ما قضينا به ، وهي زوجة الثاني ظاهراً وباطناً ، ولا خيار ولا تغريم .

وإن عاد الأول ، وسلطنا المرأة على أن تتزوج لكنها لم تتزوج ، فهي مردودة إلى الأول حتماً ، ولا خيار .

وهذا القائل يجعل عود الزوج الأول بمثابة وجود الماء في حق المتيّم ، ويجعل النكاح بمنزلة الشروع في الصلاة ، ولو وجد المتيّم الماء قبل الشروع في الصلاة ، بطل التيمم ، ولو شرع في الصلاة ثم وجد [الماء]^(١) ، لم يكن له حكم ، فالحكم بالفراق بعد التزوج مبنوً ظاهراً وباطناً ، وهو [قبل]^(٢) التزوج على التردد .

ثم لم يُثبتوا الخيارَ ولا الرجوعَ بالمهر في شيء من هذه الأوجه ، بل صرحوا ببطان الخيار والرجوع إلى الغرم ، ثم زادوا على ذلك ، فذكروا مذهبَ عمر في القول ي ٢٥٥ القديم ، على ما ذكرناه في طريقة شيخنا والصيدلاني ، ثم قالوا : هذا مذهب عمر / والشافعي قال بأصل مذهبه ، ولم يوافق في التفريع .

٩٩٣٠- هذا بيان طرق الأصحاب ، وإن استقام شيء [منها]^(٣) فلا يستقيم إلا

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : مثل . وهو تصحيف (على قربه) أرهقنا كل الإرهاق ، حتى ألهمنا الله صوابه .

(٣) في الأصل : عنها .

طريقة العراقيين ، وهم أثبت النقلة نقلاً وأصحهم حكاية ؛ فإن مذهب عمر في الأصل قد يعتضد بوجه من الرأي ، وهو دفع الضرار ، ونحن قد [نرفع] ^(١) النكاح بالشقاق الدائم على أحد القولين إذا اعتاص علينا فصل الخصومة ، فليس ذلك بدعاً .

ثم الحد الذي يجب أن تنتهي إليه في عود الزوج ما ذكره العراقيون ، ومجاوزته إبعاد نوجة عن أصول الشريعة .

وأنا أضرب في ذلك مثلاً ، وأقول : حديث المصراة والمحفلة متفق على صحته ، وأصل الخيار غير بعيد عن القياس ، ومضمون الحديث في [إثبات مقابلة] ^(٢) صاع من التمر في مقابلة اللبن ، وفيه بُعد عن القياس ، والأصح ثم اتباع الخبر في الأصل والتفصيل ؛ فإن الحجة في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم . وما وافق من قضاء عمر وجهاً من النظر ، لم يبعد التمسك به .

فأما [ما بُعد] ^(٣) بعداً عظيماً ، فلا سبيل إلى التزامه ؛ فإن الخوض فيه يدعو إلى قياس آخر لا عهد به في الشريعة .

٩٩٣١- ومما يتم به التفريع أن الفسخ الذي جرى القضاء به ، وترتب عليه إقدامها على النكاح ، هو ارتفاع النكاح أصلاً أو إنشاء فسخ ؟ وجدت كلام الأصحاب متردداً في هذا من غير تصريح بنفي ولا إثبات ، وهو لعمرى محتمل ، يجوز أن يقال : يرتفع النكاح ، ويشعر بذلك أمرنا إياها بعدة الوفاة ؛ فإن هذه العدة لا تليق بفسخ إنشاء وفراق يقطع النكاح . هذا وجه .

ويجوز أن يقال : لا بد من فسخ ؛ فإننا لا نعرف خلافاً في أنها لو رضيت وصابرت ، لاستمرت على ظاهر النكاح .

ثم إذا أثبتنا إنشاء الفسخ ، تردد الرأي في أنها تنشئه أم القاضي على حسب التردد في الفسخ بالإعسار ، كما سيأتي ، إن شاء الله تعالى ؟

ثم إن حكمنا بارتفاع النكاح ، فهو بعد أربع سنين ليستعقب عدة الوفاة ، وإن

(١) في الأصل : يرتفع .

(٢) في الأصل : في مقابلة إثبات . . .

(٣) في الأصل : يعد .

حكمنا بأنه لا بد من إنشاء الفسخ ، ففي النفس تردد ، ولعل الأ شبه أنه يقع بعد الأربع سنين والعلم عند الله .

٩٩٣٢- ثم قال العراقيون : إذا فرعنا على القول القديم ؛ وشرعت المرأة في التربص أربع سنين ، فلها طلب النفقة من مال الزوج الأول في السنين الأربع ، وهذا تصريح منهم بأن الحكم بارتفاع النكاح بعد ذلك ، فإذا استفتحت التربص أربعة أشهر وعشرًا ، فليس لها طلب النفقة ، وإن بان لنا أنها كانت حاملاً ، لأنها تربصت على نية عدة الوفاة ، والمعتدة عدة الوفاة لا تستحق النفقة .

وهذا الذي ذكره ظاهر إذا قلنا بنفوذ الفراق ظاهراً وباطناً . وإن قلنا : الفراق لا ينفذ باطناً عند عود الزوج الأول ، فإذا عاد ، فقد بان أنها كانت زوجة ، فيحتمل ما قالوه من سقوط النفقة ؛ فإنها كانت على اعتقاد الاعتداد ، وهذا لا ينحط عن النشوز ، ويحتمل أن تستحق النفقة إذا/ عاد الزوج الأول ، فإنها لم تحدث شيئاً ، وإنما أضمرت عقداً مجرداً والعقد المجرد لا يكون نشوزاً مخالفةً ، كما لو أضمرت أن تبرح ووطنت النفس عليه ، ولكن منعها من إيقاع ما اعتقدته مانع ، فلا تكون ناشزة بمجرد النية .

ش ٢٥٥ وللأول أن ينفصل^(١) ويقول : ليس الاعتداد إلا تربصاً في مسكن النكاح ، وقد وُجد هذا مع انضمام القصد إليه ، وإضمار التبرج^(٢) عزم متعلق بأمر موعود غير موجود .

هذا تمام التفريع على القول القديم .

٩٩٣٣- فأما إذا فرعنا على القول الجديد ، فحكمنا عليها أن تصابر النكاح إلى ثبوت يقين الموت ، أو الفراق ، فإن نكحت ، [فالنكاح]^(٣) فاسد ، قال الشافعي : قضاء القاضي به منقوض ، وقد بينا وجه ذلك .

(١) « وللأول أن ينفصل » : الانفصال هنا (من مصطلحات الجدل) ومعناه رد حجة الخصم ودفع ما أورده عليه من إشكالات ، والمعنى هنا أن لناصر القول أو الوجه الأول أن يقول : ليس الاعتداد إلا تربصاً . . .

(٢) التبرج : المراد هنا النشوز الذي فيه الكلام .

(٣) في الأصل : والنكاح .

ثم قال الأصحاب : إذا نكحت ، صارت ناشزة على الزوج ، وسقطت نفقتها ، وهذا الذي ذكره الأصحاب بيّن إذا برزت عن مسكن النكاح .

فأما إذا جرى النكاح ، ومضت أيام قبل اتفاق الزفاف وجريان الخروج من مسكن النكاح ، فظاهر كلام الأصحاب أنها تكون ناشزة ، وقد يتطرق إلى نظر الفقيه في هذا احتمالاً ، كما قدمته في التفريع على القول القديم عند خوضها في عدة الوفاة وتجريدها القصد إليها .

وسقوط النفقة بالنكاح المجرد تفريعاً على الجديد أوجه ؛ إذ قد صار إلى تصحيح هذا النكاح عمر بن الخطاب ، ثم طوائف من العلماء بعده ، والنكاح أمرٌ أنشئ وظهر ، وليس كالتربص على قصد الاعتداد .

فهذا ما أردناه نقلاً وتنبهاً .

فلو فرّق بينها وبين الزوج الثاني ، وعادت إلى ملازمة حكم الزوج الأول ، فهل تعود نفقتها قبل أن يبلغ الخبر زوجها الأول ، فعلى قولين سيأتي ذكرهما في كتاب النفقات - إن شاء الله - في كل نشوز يجري في غيبة الزوج ، ثم يفرض تركه والعود إلى الطاعة قبل بلوغ الخبر ، إن شاء الله .

٩٩٣٤- ثم قال الأصحاب : إذا نكحت والتفريع على الجديد ، فأتت عن الزوج الثاني بولد ، فالكلام في إلحاقه بالأول أو بالثاني وفي ترده بينهما على حسب ما تقدم الرمز إليه فيما سبق ، واستقصاؤه في باب القائف ، إن شاء الله .

ثم الزوج الأول يعود ، ونكاحه قائم ، ويحال بين الزوجة والزوج الثاني ، غير أنها تعتد عن الزوج الثاني في صلب نكاح الأول عدة الشبهة ، وفي ابتدائها القولان المقدمان : أحدهما - أنها من آخر وطأة . والثاني - أنها من وقت الافتراق .

ولو كانت أتت بولد ، فلحق بالثاني ، وكان يحتاج إلى اللبأ^(١) ، الذي لا يعيش الرضيع إلا به ، فلا بد من تمكينها من ذلك ، وإن لم نجد مرضعاً ذات لبن غيرها ، وكان الولد لو فطم ، لهلك وضاع ، فلا محال بينه وبينها ، ثم نفقتها ساقطة في مدة

(١) اللبأ : وزان عنب أول اللبن عند الولادة .

ي ٢٥٦ اشتغالها بالرضاع/ إن كان يتعذر استمتاع الزوج ، فنفقتها تُدْرُ عليها ، وسيأتي تقرير هذا الأصل في كتاب الرضاع ، إن شاء الله .

ولو أذن الزوج الأول للزوجة في الإرضاع الذي يتعذر بمثله الاستمتاع ، فإن لم يكن الإرضاع واجباً عليها ، وكنا نجد مرضعةً سواها ، فإذا أذن الزوج الأول في الإرضاع بمثابة ما لو أذن لها في أن تسافر في شغل نفسها ، وقد اختلف القول في أنها لو سافرت بإذن زوجها في شغل نفسها ، فهل تسقط نفقتها ؟

وإن كان إرضاعها حتماً ، وكان في ترك الإرضاع ما يؤدي إلى ضياع المولود ، فإذا أذن الزوج ، فهذا فيه تردّد عندنا : يجوز أن يقال : لا حكم لإذنه ؛ فإن الإرضاع مستحق ، وإذا أسقطنا أثر إذنه ، ففائدته سقوط النفقة قطعاً ؛ فإن الإرضاع وإن كان واجباً ، فهي التي تسببت إلى ذلك ، وجرت إلى نفسها الإرضاع .

ويجوز أن يقال : إذا أذن لها في الإرضاع - وإن كان واجباً - فالمسألة تُخرج على القولين المذكورين فيه إذا سافرت بإذن زوجها في شغل نفسها .

ولو أذن السيد لعبده في الإحرام بالحج ، لم يمكن تحليله ، وأبو حنيفة يقول : له أن يحلله ؛ فإن إذنه في الإحرام لغو ، مع تصور الإحرام منه ، وتلك المسألة تنفصل عما نحن فيه ؛ فإن الشافعي حمل الإذن في الإحرام على استدامته ، وليس يتحقق مثل هذا فيما نحن فيه ، فإن ابتداء الإرضاع وإدامته جميعاً واجباً في الصورة التي ذكرناها .

وقد يتصل بالتفريع على القول الجديد ما أشار إليه المزني ، وهو أن الزوج في الغيبة لو مات ، وتبين فساد النكاح الثاني ، فيجتمع عليها عدة الوفاة ، وعدة الوطء بالشبهة .

وقد تمهد القول في أن العنتين لا تتداخلان ، وذكرنا الفرق بين أن يتقدم موجب العدة من جهة الزوج وبين أن يتأخر ، ولا حاجة بنا إلى إعادة تلك الفصول .

» باب

استبراء أم الولد من كتابين «^(١)

٩٩٣٥- الأصل في الاستبراء ووجوبه السنة والإجماع ، فأما السنة ، فما روي أنه نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد سبي أوطاس : « ألا لا توطأ حاملٌ حتى تضع ، ولا حائِلٌ حتى تحيض »^(٢) وأجمع المسلمون على أصل الاستبراء ، وإن اختلفوا في التفاصيل ، ثم التربص الواجب ينقسم في أصل الوضع إلى ما يجب بعد المسيس عند زوال النكاح ، وإلى ما يجب في ملك اليمين .
ثم ما يجب على أثر النكاح يُسمّى عِدَّة لتعلقه بعَدِّ من الأطهار أو الحيض على اختلاف العلماء .

والذي يجب بسبب ملك اليمين يسمى استبراءً ، ومعنى الاستبراء يشمل النوعين ، ولكن شُهر ما يتعلق بملك اليمين بلقب الاستبراء ، وما يتعلق بحرمة النكاح بلقب العدة .

أما ما يتعلق بالعدة ، فقد سبق استقصاؤه .

٩٩٣٦- وهذا أوان استفتاح القول في الاستبراء ، وفي هذا الأصل ركنان :

أحدهما - يشتمل / على تفصيل القول في الاستبراء عند زوال الملك . ٢٥٦ ش

والثاني - ينطوي على تفصيل الاستبراء عند جلب الملك ، وقد عقد الشافعي في كل ركن باباً وبدأ باب الاستبراء عند زوال الملك .

(١) هذا العنوان بهذا النص في (المختصر) وهو بتمامه :

(باب استبراء أم الولد) : من كتابين . امرأة المفقود وعدتها إذا نكحت غيره وغير ذلك . . . الخ (ر . المختصر : ٤٣/٥) .

(٢) حديث : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع . . . » الحديث . رواه أحمد ١٧٣/٤ ، وأبو داود : النكاح ، باب في وطء السبايا ، ح ٢١٥٧ ، والدارقطني : ٢٥٧/٣ ، والبيهقي في الكبرى : ٤٤٩/٧ .

فإذا أعتق الرجل أم ولده أو مات عنها ، فعَتَقَتْ بموته ، فعليها الاستبراء بقراء واحد ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ، فإنه أوجب عليها أن تتربص ثلاث حيض ، ونظر إلى كمالها بالحرية مع أول جزء من الاستبراء ، ومعتدنا أن الزائل عنها ملك يمين ، والتعويل في إيجاب العدة ذات العدد على زوال النكاح ، وهذا ما قررناه في (الأساليب)^(٢) ومجموعات الخلاف .

ثم الذي نذكره قبل الخوض في مقصود الباب أن القراء الواحد الذي أطلقناه في الاستبراء في هذا الباب الذي مضمونه زوال الملك ، والقراء الواحد الذي سيأتي اعتباره في الباب الثاني ، وهو جلب الملك طهر أم حيض ؟ ذكر الأئمة قولين وقالوا : أصحهما والجديد منهما - أنه حيض واحد .

والقول الثاني - أنه طهر .

توجيه القولين : من قال : إنه طهر ، قاس على القراء المعتبر في العدة ؛ إذ لا فرق بين البابين إلا في الاتحاد والتعدد ، وقد بان أن الأقراء المعتبرة في العدد هي الأطهار ، فليكن الاستبراء واحداً منها ، ولعل هذا يترجح في الاستبراء بشيء ، وهو أن التعبد في الاستبراء أغلب ، ولهذا يجب الاستبراء على من اشترى جارية من امرأة ، أو من ملك صبي لا يطأ مثله ، فإذا غلب التعبد على الباب ، لزم قطع النظر عن اعتبار ما هو علامة براءة الرحم .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بظاهر الخبر المنقول في سبي هوازن ، واحتج أيضاً بأن قال : إذا اتحد المعتبر هاهنا وقد تمس الحاجة إلى تبرئة الرحم عن شغل سبق ،

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٠٦/٢ مسألة ٩١٢ ، رؤوس المسائل : ٤٤٢ مسألة ٣١٢ ، الباب : ٨٢/٣ .

(٢) (الأساليب) أحد كتب الإمام في الخلاف . وأما مجموعات الخلاف ، فهي كتبه في (علم الخلاف) وله في هذا المجال .

١- الدرة المضية فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية .

٢- العمدة .

٣- غنية المسترشدين . ولم يصلنا من هذه الأربعة إلا الدرة المضية .

فيجب أن يكون ذلك الواحدُ المعتبر علامةً دالةً على براءة الرحم ، وليس كذلك الأطهار في العدد ؛ فإنها تقع محتوشةً بالدماء ، فيحصل تربصُها في الزمان الذي كان [تحل فيه] ^(١) لزوجها ، وهو الطهر ، ويحصل معه دلالاتٌ من براءة الرحم ، وهذا المعنى لا يتحقق والقرء المعتبر واحد ، فيجب تغليب ما يدل على براءة الرحم .

وأيضاً فإن النكاح [يُجَدَّد] ^(٢) بعد العدة ، فانقضاؤها يفيد حلَّ النكاح ، فلا يضرّ أن تنقضي العدة بالطعن في الحيض ؛ فإن الحيض لا ينافي صحة النكاح ، وأما الاستبراء في الملك ، فإنما يُعْنَى لاستعقابه حلَّ الوطء ، فلو جعلنا الاستبراء بالطهر ، لما حلت بالحيض .

هذا توجيه القولين .

التفريع : ٩٩٣٧- إن حكمنا بأن الاستبراء بالحيض ، فلا خلاف أن بعض الحيض لا يقع الاكتفاء به ، ولو دخلت وقت الاستبراء ، وهي في بقية من الحيض ، فلتطهر ، ثم لتحض حيضةً كاملةً ، وهذه الحيضة هي المحسوبة استبراءً ، ثم إذا طهرت من الحيضة الثانية ، فاستبراؤها الحيضةُ الثانية ، [وما تقدمها من طهرٍ غير معتد به] ^(٣) ، وإن كانت محرمةً فيه ، إذا فرعنا على / الأصح الأظهر ، وهو أن الاستبراء بالحيض . ٢٥٧ ي

فأما إذا قلنا : الاستبراء بالطهر ، فنذكر صورتين ، ونأتي فيهما باضطراب الأصحاب : الصورة الأولى - إذا صادفها العتق في الجزء الأخير من الحيض ، وتربصت للاستبراء طهراً كاملاً ، وطعنت في الحيض ، فهل نقول : كما ^(٤) طعنت قضينا بأنها تحل ، إذا فرعنا على أن الاستبراء طهر ؟

ظاهر كلام المشايخ في التفريع على هذا القول أنها لا تحل ما لم تمض الحيضة ، حتى يحصل دليلُ براءة الرحم ؛ فإننا أقمنا الأطهار في العدد أقراءً معتداً بها بجريان

(١) في الأصل : تحبل منه .

(٢) في الأصل : يجد .

(٣) في الأصل : وما تقدم غير معتد ، وإن كانت محرمة فيه .

(٤) بمعنى عندما طعنت .

٣٠٠ _____ كتاب العدة / باب استبراء أم الولد من كتابين . . . إلى آخره
حيضتين أو حيض دالة على البراءة ، فيجري الطهر الواحد معتداً به بشرط أن ينضم إليه
حيض كامل .

وهذا وإن كان مشهوراً - ذكره الشيخ أبو علي [أنه]^(١) المذهب - فيحتمل أن يكون
الطعن في الحيض يخرجها عن الاستبراء ، وهذا هو القياس ، على القول الذي نفرع
عليه .

ولست فيه على ذكر احتمال مجرد ، بل في كلام الأصحاب ما يدل عليه ؛ فإن
الحيضة [إن كانت]^(٢) هي المعتبرة ، فهذا تفريع على أن الاستبراء بالحيض ، وإن كان
المعتبر الطهر ، فيجب الاكتفاء بالطعن في الحيض ، لاستبانة انقضاء الطهر ، ومحال
أن يقع آخر التربص معدوداً من التربص . نعم ، قد يقع هذا في الأول من حيث أنا
نتظر بعده ما تعتد به .

ويتجه على هذا تردّد في أن الطعن في الحيض باللحظة الواحدة هل يكفي ، أم
لا بد من مضي أقل الحيض استظهاراً ، ليُعلم أن ما رآته ليس دم فساد ، وهذا قد قدمنا
له في كتاب العدة نظيراً .

هذا تفصيل القول فيه إذا جرى موجب الاستبراء في الجزء الأخير من الحيض ،
ووقع الطهر الكامل بعده .

٩٩٣٨- فأما إذا جرى موجب الاستبراء في أثناء الطهر ، والتفريع على أن الاستبراء
بالطهر ، فالذي ذهب إليه المحققون من الأئمة أن بعض الطهر طهر ، كما أن بعض
الطهر في العدة طهر ، ويعود الكلام إلى أن الطعن في الحيض هل يكفي ، أم لا بد من
مضي الحيضة الكاملة ؟ وقد قدمنا ذلك في الصورة المتقدمة على هذه .

ومن أصحابنا من قال : بعض الطهر لا يقع الاعتداد به على القول الذي نفرع
عليه ، بل نقول : لا احتساب بالبقية ، فتحيض ، ثم تطهر طهراً كاملاً ، ثم تحيض ،
وهذا أورده المعلقون عن القاضي .

(١) في الأصل : « من » وسوغ لنا هذا التغيير الحكم بالضعف على مقابله . (ر . روضة
الطالبين : ٤٢٥ / ٨) .

(٢) في الأصل : وإن كانت .

ويمكن أن يقال في توجيهه : إنا أقمنا بعض الطهر في العدة مقام طهر كامل ، لأن العدة أقراء ، وهي ذات عددٍ متعلقة بالزمان ، ومن شائع الكلام تسمية شيئين وبعض الثالث في الزمان بصيغة الجمع ، كما قال تعالى : ﴿ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ ﴾ [البقرة : ١٩٧] وإنما وقت الحج شهران ، وبعض من الثالث ، فأما الواحد من الجنس لا^(١) ينطلق على بعضه .

ثم إذا اشترطنا طهراً كاملاً ، فيجب القطع بأن الطعن في الحيضة الثانية كافٍ : إما بلحظة وإما بيوم وليلة ، لأنه مضى حيض كامل ، قبل هذا الطهر ، فليقع الاكتفاء به إن كنا نطلب علامة دالة على براءة الرحم ، بل يكفي الطعن / في الحيضة الثانية . ٢٥٧ ش

هذا بيان ما يقع الاستبراء به إن كانت المستبرأة من ذوات الأقراء .

٩٩٣٩- فإن كانت من ذوات الأشهر ، فقد قدمنا في المطلقة الأمة ثلاثة أقوال إذا كانت من ذوات الأشهر : أحدها - أنها تعتد بشهر ونصف .

والثاني - أنها تعتد بشهرين .

والثالث - أنها تعتد بثلاثة أشهر .

ويجري في الاستبراء قولان : أحدهما - تُستبرأ بشهر واحد ؛ فإن الشهر الواحد في مقابلة القراء ، والقول الثاني - أنها تستبرأ بثلاثة أشهر ؛ فإنها أقل مدة يدل مضيتها على براءة الرحم ، كما سبق تقريره في العدد .

وإن كانت المستبرأة حاملاً ، نظر : فإن كانت حاملاً ممن منه الاستبراء ، فإذا وضعت الحمل ، حصل الاستبراء ، وهو الأصل في كل ما يتطرق إليه اعتبار براءة الرحم ، قال منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع » .

هذا إذا كان الحمل عمن منه الاستبراء ، فأما إذا كان الحمل عن أجنبي : زناً ، فإذا وضعته في زمان الاستبراء ، فالمشهور الذي ذهب إليه الجماهير أن الاستبراء ينقضي بوضعه ، لعموم قوله : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع » ؛ ولأن المرعي فيه قيام دلالة

(١) جواب أما بدون الفاء .

البراءة ، ووضع الحمل إذا خلا الرحم بوضعه أول الأدلة على البراءة .
وذكر القاضي وجهاً آخر أن الاستبراء لا ينقضي بوضعه ، قياساً على العدة ، فإنها لا تنقضي بوضع حملٍ نقطع بانتفائه عن الزوج ، ثم قال : الوجهان يمكن بناؤهما على القولين في أن الاستبراء بماذا في حق ذات الأقراء ؟ فإن قلنا : الاستبراء بالحيض ، فكأننا [نعول]^(١) على ما يدل على براءة الرحم ، وإن قلنا : الاستبراء بالطهر ، فكأننا نرعى تعبداً في الباب ، فيليق بهذا ألا يحصل بوضع الحمل العالق عن الزنا المحض .
هذا كلامه رضي الله عنه .

وقد انتجز ما يقع الاستبراء به ولا اختصاص لما ذكرناه بالباب الذي افتتحناه .

٩٩٤٠- ونحن الآن نخوض في مقصود الباب ، فنقول : إذا أعتق الرجل أم ولده ، ولم يقدم على العتق استبراءً ، أو عتقت بموته ، ولم يتقدم على الموت الاستبراءً ، فيجب الاستبراء بقرء ، كما سبق تفصيله ، ويحرم نكاحها في زمان الاستبراء ، على من يبغى نكاحها .

ولو اشترى جاريةً ووطئها ، ثم أعتقها ، وجب الاستبراء ، كما يجب في المستولدة إذا أعتقها أو عتقت بالموت .

فأما إذا [استبرأ]^(٢) مالكُ المستولدة أم ولده ، ثم زوجها ، فالأصح المشهور صحة التزويج ، على ما سيأتي في أمهات الأولاد .

ولو كانت مشغولةً بالرحم منه ، فأراد أن يزوّجها ، لم يجد إلى تزويجها سبيلاً ، وكذلك لو وطئ جاريته القنة ثم استبرأها ، فله أن يزوّجها . ولو وطئها ثم أراد أن يزوّجها من غير استبراء ، فالنكاح باطل عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة^(٣) .

والأصل الذي يجب الإحاطة به أن اشتغال الرحم بالماء المحترم يمنع تسليط / الغير ي ٢٥٨

(١) في الأصل : نعود .

(٢) في الأصل : اشترى . وعلى قرب هذا التصحيح إلا أنه طوّح بنا في مهامه بعيدة ، من تقدير خرم وسقط ، ومن تقدير تصحيف آخر ، وبعد معاناة طويلة ألهمنا الله سبحانه سرّ الخلل وهدانا إلى الصواب . سبحانه له الفضل والمنة .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣٢٦ / ٢ مسألة ٨٢٢ .

كتاب العدة / باب استبراء أم الولد من كتابين . . . إلى آخره _____ ٣٠٣
على الشغل قطعاً ، وما يفرض من تعبدات العدد وراء هذا .

ثم مواقع الكلام منها تختلف ، فقد يتمحض التعبد ، وقد يتجه الحمل على حسم الباب ، مع الالتفات على أصل الشغل ، فأما التسليط على شغل رحم مشغول ، فلا يتخيله ذو بصيرة في الشريعة .

٩٩٤١- فإذا تبين ما ذكرناه من صحة النكاح في دوام الملك على العتيق المستولدة إذا جرى الاستبراء ، وانتظم معه الحكم بفساد النكاح قبل الاستبراء عن الشغل الواقع ، فيبتي على ذلك غرضنا ، ونقول : إذا جرى استبراء في الملك مسلط على النكاح ، ثم لم يتفق التزويج حتى عتقت أم الولد ، أو عتقت القنّة ، ففي وجوب الاستبراء ثلاثة أوجه : أحدها - لا يجب الاستبراء ؛ فإن التزويج كان جائزاً قبيل العتاقة ، فليجز بعدها ، فإن العتاقة أزالّت الملك ، وما جدّدت ملكاً حتى نقول : تجدد الملك على الرقبة يوجب القطع ببراءة الرحم ، كما سيأتي في الباب الثاني ، إن شاء الله تعالى .

والوجه الثاني - أنه لا بد من الاستبراء كتبدّل الحال ، والتي عتقت ملكت نفسها بالعتاقة ، كما يملك المشتري الجارية بناء على ملك البائع ، وكما يملك السابي المسبية بناء على الحرية الأصلية ، ثم تجدد الملك على الرقبة يوجب الاستبراء ، فتجدد العتاقة المفيدة ملك العتيقة نفسها يوجب الاستبراء .

والوجه الثالث - أنا نفصل بين القنّة تعتق ، وبين المستولدة ، فنقول : لا بد من استبراء المستولدة إذا عتقت فإنها على الجملة تُشابه المفترشات ، وقد ثبتت لها بعض أحكام الفراش في لحوق الولد ، وجريان اللعان على أحد القولين . وأما القنّة إذا عتقت ، فليس عتقها زوالاً لفراش ولا ملكاً جديداً .

هذا بيان الأوجه الثلاثة .

٩٩٤٢- ولو اشترى الرجل جاريةً ، ولم يدر ما كان قبل شرائه ، واستبرأها ، ثم أعتقها ، فهذا أحد الصور المدرجة في الأوجه .

ولو استبرأها البائع قبل البيع ، ثم باعها ، فأعتقها المشتري ، ولم يطأها ، فهل يجوز تزويجها من غير استبراء ؟ فعلى وجهين مرتبين على الوجهين فيه إذا استبرأها

٣٠٤ _____ كتاب العدة / باب استبراء أم الولد من كتابين . . . إلى آخره

المشتري ثم أعتقها . [والصورة] ^(١) الأخيرة أولى بوجوب الاستبراء ، وامتناع تزويج قبله ؛ من جهة أن الاستبراء لم [يوجد] ^(٢) قَبْلَ الملك المتقدم على العتق ، والدليل عليه أن المشتري لو أراد أن يطأها تعويلاً على استبراء البائع ، لم يكن له ذلك ^(٣) وفاقاً ، فإذا لم يؤثر ذلك الاستبراء في استباحته إياها بملك اليمين ، وجب ألا يؤثر في تزويجها .

ويتصل بهذا أن المشتري لو أراد تزويجها ، وقد تقدم الاستبراء من البائع ، ففي المسألة وجهان مع دوام الملك ، وسبب هذا الخلاف أن التزويج مبني على الاستبراء ، والاستباحة بملك اليمين ليس تعتمد تقدّم شغل ، بل هو تعبد محض ، كما سنذكره في الباب الثاني .

ش ٢٥٨ ولهذا نقول : من اشترى جارية من امرأة لم يستبَحها/ بملك اليمين حتى يستبرئها ، وإن لم يجرو طء .

٩٩٤٣- ولن يقف الناظر على سر الاستبراء ما لم يَنْفصل له باب التزويج عن باب الاستباحة بملك اليمين .

ويتم غرضنا في ذلك بسؤال وجواب عنه ، فإن قال قائل : صورتم الاستبراء من البائع ، وبنيتم عليه تصرفاً وخلافاً ، ومعلوم أن الزوج لو استبرأ امرأته أقراءً ، ثم طلقها لم يكن لذلك الاستبراء الجاري في صلب النكاح أثر ، وذلك بسبب جريانه في حالة استمرار الحِلِّ عليها ، وهذا محقق في استبراء البائع ؛ فإنه إذا استبرأها ، فلا استحلال دائم بملك اليمين ؟

قلنا : الاستبراء المطلوب لأجل النكاح لا يبعد جريانه في ملك اليمين أصلاً ، وعليه بنينا استبراء الرجل مملوكته لزوجها ، فهذا الأصل متفق عليه ، فبنينا عليه استبراء البائع ، وذكرنا تزويج المشتري ، فانتظم الكلام على السداد ، ولا ح انفصال الباب عن الباب . وهو الأمر كله في هذا المنتهى .

(١) في الأصل : بالصورة .

(٢) في الأصل : « لم يَجُر » وهو خلل واضح . والتصويب من (صفوة المذهب) .

(٣) لم يكن له ذلك لتجدد الملك . وهو أحد أسباب وجوب الاستبراء .

لا جرم ، نقول : إذا استبرأ البائع الجارية ثم باعها ، لم يستباحها المشتري باستبراء البائع وجهاً واحداً ، إذا أراد الاستباحة بملك اليمين ، فلا أثر إذاً للاستبراء في الملك في الاستباحة بالملك ، وإنما التردد في استباحة النكاح بالاستبراء الجاري من البائع .

٩٩٤٤- ومن تمام البيان في ذلك أن السيد إذا أعتق المستولدة حيث يجب الاستبراء ويحرم التزويج من الغير ، فهل يحل له أن يتزوجها في زمان الاستبراء ؟ فعلى وجهين .

توجيههما : من قال : يحل ، قال : لأن الاستبراء عنه ، فأشبه عدة الزوج وعدة الوطء بالشبهة ، وللزوج أن ينكح المعتدة عنه إذا لم تحرم عليه بالثلاث ، وكذلك ينكح الواطيء بالشبهة المعتدة عنه .

ومن قال : لا يجوز ، قال : تجددت عليها حالة ، فلا يُقدم على استباحتها ما لم يمض استبراء ، ونفس الإقدام على النكاح استباحة ، فصار هذا كالاستباحة بملك اليمين .

ولو باع رجل جارية ولم يرفع يده عنها ، واستقال البائع فيها ، فأقيل ؛ فإنه لا يستباح الوطء ما لم يستبرأ .

وحقيقة هذا الخلاف ترجع إلى أن استباحة النكاح في مسائل الاستبراء هل يُنحى بها نحو استباحة الوطء بملك اليمين ، وفيه الخلاف الذي قدمناه .

[فإن]^(١) أحببت أخذ ذلك على قرب ، قلت : إذا استبرأها ، ثم أعتقها ، فهل يحل تزويجها ؟ فيه اختلاف سبق ذكره : فإن أوجبنا الاستبراء وإن كنا نجوز التزويج قبله بناء على الاستبراء الواقع ، فلا محمل لهذا الاستبراء إلا التعبد ، فعلى هذا إذا أراد السيد بعد إعتاق أم الولد والقنة أن ينكحها ، لم يكن له ذلك ، حتى يمضي الاستبراء تعبداً .

وإن قلنا في الصورة الأولى : لا يجب الاستبراء ، ويجوز التزويج من الغير ، فإذا منعنا التزويج من الغير ، فلا يبعد ألا يمنع السيد من التزوج وقد انكشف الغطاء / ٢٥٩ ي بالانتهاء إلى هذا المنتهى ، والله أعلم .

(١) في الأصل : بأن .

فصل في

قال : « فإن مات سيدها وهي تحت زوج أو في عدة . . . إلى آخره » (١) .

٩٩٤٥- مسائل هذا الفصل تستدعي تقديم أصليين مقصودين في أنفسهما أحدهما - أن المولى إذا زوج أم ولده ، حيث يجوز التزويج ، ثم أعتقها وهي مزوجة ، أو مات عنها ، فالمنصوص عليه أنه لا يجب الاستبراء عليها ، وذلك لأن العتق صادفها مشغولة بحق الزوج ، والذي يحقق ذلك أن حق افتراش المولى زال بالزوجة ، وصارت مفترشة للزوج بالنكاح ، فطريان العتق لا أثر له ، والنكاح منعقد ، ولئن كان الاستبراء على وجه شرطاً بعد العتق في ابتداء نكاح ، فهو محمول على التعبد ، فأما فرض تأثير العتق في دوام النكاح ، ولا شغل من غير الزوج ، فبعيد عن مدارك الفقه .
وذكر بعض أصحابنا قولاً آخر أراه مخرجاً ، ذكره الشيخ وغيره من أحبار المذهب : أنه لا بد من الاستبراء - كما سنصفه ونفصله - .

٩٩٤٦- فإن قلنا : لا يجب الاستبراء ، فإن جرى العتق في دوام النكاح ، فلا استبراء ، ولو كان الزوج طلقها أو مات عنها ، وكانت في العدة ، فجرى العتق ، فلا استبراء أيضاً . والعبارة التي استعملها الأصحاب في توجيه نفي الاستبراء : « أن العين صادف اشتغالها بزوجة أو حق زوجية ، ولم يتضمن انحلالها عن افتراش المالك ، فلا يجب الاستبراء مترتباً على زوال ملكه » .

فعلى هذا لو صادفها العتق وهي في اللحظة الأخيرة من عدة الزوج ، فلا استبراء أصلاً .

وإن قلنا : يجب الاستبراء ، نظر : فإن جرى العتق وهي في العدة ، كان الاستبراء بالإضافة إلى العدة بمثابة عدة من شخص يطرأ سببها على عدة الزوج ، فالوجه تقدم عدة الزوج ، فلتستكملها ، ثم تبتدىء الاستبراء ، بعد نجاز العدة ، كما تفعل ذلك إذا وُطئت بشبهة في أثناء عدة الزوج ، ولم تعلق عن الواطئ .

وإن جرى العتق في أثناء النكاح ، فهو بمثابة ما لو جرى وطء شبهة في أثناء النكاح ، ولو فرض ذلك ، لتعين استقبال العدة على أثر الوطء ، إذ ليس للنكاح منتهى [نرتقب]^(١) الانتهاء إليه ، وزوال النكاح به ، فلا بد من استعقاب سبب العدة العدة .
كذلك إذا جرى العتق في أثناء النكاح ، فالوجه استقبال الاستبراء على الاتصال بالعتق .

والمذهب الصحيح الذي عليه التعويل أن العتق في النكاح والعدة لا يوجب الاستبراء .

ولو وطئت المستولدة بشبهة ، وخاضت في العدة ، فأعتقها مولاهما ، فالأصح إجراء ذلك مجرى النكاح ، والعدة عن النكاح ، حتى نقول : العتق لا يوجب الاستبراء على المذهب الصحيح ، وفيه القول المخرج .

ومن أصحابنا من قال : يوجب الاستبراء ولا يمنع من وجوبه عدة الشبهة / ؛ فإنها ٢٥٩ ش ليست فراشاً ولا تابعاً لفراش ، وهذا غير سديد . فهذا أحد الأصلين الموعودين .

الفصل الثاني

في بيان ما إذا طلق زوج المستولدة المستولدة مع بقاء الملك

٩٩٤٧- فإذا طلقها بعد الدخول ، واعتدت عن الزوج ، ثم عتقت بعد العدة ، فهل يجوز تزويجها من غير استبراء جديد ، أم لا يجوز تزويجها حتى تستبرأ ؟ [في]^(٢) المسألة قولان منصوصان : أحدهما - أنه لا حاجة إلى الاستبراء ، وفيما تقدم من العدة عن الزوج مقنع في إفادة براءة الرحم ، ثم لم يوجد من المولى بعدها افتراش وشغل رحم ، فليقع الاكتفاء بما تقدم .

والقول الثاني - أنه لا بد من الاستبراء بعد العتاقة ؛ فإن الاستبراء بتبدل الحال إما من الرق إلى الحرية ، وإما من الحرية إلى الرق ، وإما من ملك إلى ملك ، فلا حكم

(١) في الأصل : مرتب .

(٢) زيادة من المحقق .

٣٠٨ _____ كتاب العدة / باب استبراء أم الولد من كتابين . . . إلى آخره

لما مضى من العدة عن الزوج ، والعتق يوجب برأسه استبراء .

وهذان القولان مأخوذان من الأصل الذي مهدناه في صدر الباب ، وهو أن المولى لو استبرأ الجارية المستولدة أو القينة ، ثم أعتقها ، فهل يحل تزويجها من غير استبراء ؟ فيه الخلاف المقدم ، ووجه التداني في المأخذ بين ، فإنه استبرأها في الأصل الأول ، ثم أعتقها ، وهاهنا جرى الاستبراء عن الزوج ، ثم اتفق الإعتاق .

فإن قال قائل : العدة عن الزوج ، والاستبراء إن يثبت ، فهو عن المستولد . والأصل الذي تقدم فيه إذا استبرأ السيد أم الولد عن نفسه ، ثم أعتقها . قلنا : الأمر كذلك ، ولكن سبيل الكشف في هذا أنه ما زوجها إلا وقد استبرأها استبراء معتبراً ، ثم تخلل النكاح ، وجرى الاستبراء عنه ، فكان العتق مترتباً على الاستبراء الأول المقدم على النكاح ، فلا فرق إذاً بين المسألتين إلا أن نكاحاً جرى ، واستبرأت العدة منه ، وهذا القدر كافٍ في التنبيه على الغرض .

٩٩٤٨- ومما يتعلق بتمام الغرض منه أن الزوج لو طلقها واستقبلت العدة ، والملك مطرد عليها ، ثم انقضت العدة وحصل العتق متصلاً بالانقضاء ، ولم تعد إلى حكم المستولد في لحظة بعد العدة ، فهل يجب الاستبراء لأجل التزويج من الغير ؟ فعلى طريقين : من أصحابنا من قطع بأنه لا يجب الاستبراء ، لأنها لم تعد بعد العدة إلى فراش المولى ، ولكنها كانت معتدة ، ثم عتقت .

ومنهم من قال : في هذه الصورة أيضاً قولان ؛ فإن تبدل الحال من الرق إلى الحرية قد تحقق .

وإذا ضممنا هذه الصورة إلى ما إذا تخلت عن العدة ، وبقيت على الملك ، ثم عتقت ، انتظم من مجموع ما ذكره الأصحاب وحكوه في الصورتين ثلاثة أقوال : أحدها - أنه لا يجب الاستبراء أصلاً ، والقول الثاني - أنه يجب الاستبراء ، والقول الثالث - أنه يفصل بين أن يتصل العتق بمنقرض العدة ، وبين / أن يقع بعدها بزمان ، فإن اتصل لم يجب الاستبراء ، وإن انفصل وجب .

٩٩٤٩- ومما يتعلق بكشف المقصود في المسألة أنه لو زوج أم ولدٍ حيث يجوز له

ذلك ، ثم طلقها زوجها قبل الميس ، فأعتقها المولى ، فهل يجب الاستبراء بسبب العتاقة ؟ هذا يخرج عندنا على الخلاف الذي قدمناه ؛ فإن التي تطلق من غير ميس كالتي تطلق بعد الميس وتستبرأ بالعدة ، فلا فرق ، وسبب ذلك أن التعويل على الاستبراء المتقدم على النكاح المسلط على التزويج ، وهذا الأصل جارٍ في الصورتين ، فقد تناظرت الصور ، ولاحظت أصلاً واحداً ، وإن اختلفت في مبانيها .

وقد انتجز الموعود من تقديم الأصلين ، ونحن نخوض بعدها في مسائل الفصل والله المستعان فنقول :

٩٩٥٠- إذا زوج الرجل أم ولده ، ثم مات الزوج والسيد ، فلا يخلو : إما أن يقع الموتان معاً ، وإما أن يتقدم موت أحدهما على الثاني ، فإن ترتب أحد الموتين على الثاني ، نُظر فإن تعين السابق منهما ، فالحكم ما نصفه ، ونقول : إن مات السيد أولاً ، فالمذهب الصحيح أنه لا يجب الاستبراء ، فإن العتق صادف اشتغالها بالزوجية ، فلا استبراء . هذا ما عليه التفريع .

ثم إذا مات الزوج بعد ذلك بزمان قريب أو بعيد استقبلت زوجته عنه عدة الأحرار أربعة أشهر وعشراً ، وليست مؤاخذه باعتبار الحيض لأجل الاستبراء ؛ فإن العتق لم يقتضِ الاستبراء أصلاً لمصادفته النكاح .

هذا إذا سبق موت المولى .

فأما إذا سبق موت الزوج ، فإنها تستقبل عدة الوفاة شهرين وخمسة أيام ؛ لأنها كانت رقيقة لما مات الزوج ، ثم ينظر في موت السيد ، فإن مات بعد شهرين وخمسة أيام من موت الزوج ، فقد انقضت عدة الوفاة عن الزوج ، وحصل العتق بعد تخليها عن النكاح والعدة ، وهل يقتضي هذا استبراء عن السيد ؟

نُظر إن وطئها بعد انقضاء العدة عن الزوج ، ثم عتقت بموته ، فيجب الاستبراء ، وإن لم يطأها ، فعتقت بعد العدة ، ففي الاستبراء ما قدمناه من الخلاف ؛ فإنها عائدة إلى الملك ، والعتق مترتب على العود من غير تخلل شغل بين العود وبين العتق ، وإذا أعدنا الأقوال في هذا الفصل أشعر قولٌ ثالث بالفصل بين أن يحصل الموت بعد العود

٣١٠ _____ كتاب العدة / باب استبراء أم الولد من كتابين . . . إلى آخره

بلحظة ، وبين أن يحصل الموت عقيب العود من غير فصل ، ولم نُعد تلك الأقوال لا على صيغة الجمع ولا على صيغة التقسيم والترتيب ، فإننا على قرب عهد بها .

هذا إذا مات السيد بعد مضي شهرين وخمسة أيام من موت الزوج .

فأما إذا مات السيد قبل مضي عدة الإماء ، فلا يجب الاستبراء ، تفريعاً على الأصح ؛ فإن حصول العتق صادفها وهي مشغولة .

ولكن يعود اختلاف القول في أن البائنة إذا عتقت في خلال العدة ، فهل تكمل عدة ش ٢٦٠ الحرائر ، أم تكتفي بعدة الإماء ، نظراً إلى حالتها في ابتداء العدة ، واختلاف القول في هذا مشهور ، فإذا تكمل أربعة أشهر وعشراً في قول ، وتكتفي بشهرين وخمسة أيام في قول .

هذا تفصيل القول فيه إذا ترتب أحد الموتين على الثاني ، وعلم السابق واللاحق .

٩٩٥١- وأما إذا علمنا ترتب أحد الموتين على الثاني ، ولكن أشكل علينا السابق والمتأخر ، فلا يخلو إما أن نعلم أنه قد تخلل بين الموتين شهران وخمسة أيام ، أو نعلم أن المتخلل بين الموتين أقل من هذا ، أو يُشكل الأمر .

فإن علمنا أن المتخلل بين الموتين شهران وخمسة أيام ، فالذي يجب العلم به قبل الخوض في التفصيل أن الاحتياط واجب المراعاة ، فلا تخرج عما عليها إلا بيقين ، وهذا أصلٌ مبهد في أحكام العدد .

وإذا بان ذلك ، قلنا بعده : إن كنا لا نوجب الاستبراء إذا عادت إلى الملك وعتقت ، فالواجب عليها أن تتربص أربعة أشهر وعشراً من آخر الموتين ، وإذا هي فعلت ذلك ، فقد [خرجت] ^(١) عما عليها ، وإنما أوجبنا المدة الكاملة لجواز أن يكون موت السيد متقدماً ، ولو كان كذلك ، لم نوجب الاستبراء ، وأوجبنا من موت الزوج عدة كاملة أربعة أشهر وعشراً .

ولو قدرنا موت السيد متأخراً ، فمقتضى هذا لو علمناه أن يُكتفى بشهرين وخمسة أيام ، ولا استبراء إذا كنا نفرع على أن التخلي عن علائق النكاح والعود إلى حكم

(١) في الأصل : جرت .

المولى لا يوجب الاستبراء عند وقوع العتق ، فإذا لا استبراء كيف قدر الأمر ، وتجب العدة الكاملة في تقدير ؛ فأقصى الاحتياط الأخذ بأقصى الأمدين ، واحتساب الابتداء من آخر الموتين .

فأما إذا فرعنا على أن العود إلى المولى إذا ترتب العتق عليه يوجب الاستبراء عن المولى ، فعلى هذا وجوب أقصى الأمرين ممكن ، ووجوب الاستبراء ممكن ، وهي مؤاخذه بالاحتياط ، فعليها أن تعتبر الأمدين جميعاً ، فتربص من آخر الموتين أربعة أشهر وعشراً [فيها]^(١) حيضة ، فإذا اتفق لها ذلك ، فقد خرجت عما عليها ، وإذا تربصت أربعة أشهر وعشراً ، ولم تحض وهي من أهل الحيض ، صبرت إلى أن يمر بها حيضة ، ولو مرت الحيضة بها في أوائل التربص ، كفى مرورها إذا وقع بعد آخر الموتين .

هذا بيان ما عليها ، وقد أجرينا المسألة إلى هذا المنتهى مفرعة على أن العتق في خلال النكاح لا يوجب الاستبراء ؛ فإنه المذهب المنصوص ، فلم نر التفرع على مخرج ضعيف يضطرب به نظم الكلام .

٩٩٥٢- وحكى الشيخ أبو علي في الشرح وجهاً بعيداً وحكاة العراقيون ، ونحن ننقله على وجهه ، قال : قال بعض الأصحاب : إذا اعتبر الجمع بين الأمد الأقصى والحيضة ، فلتقع الحيضة بعد مضي شهرين وخمسة أيام من العدة المنسوبة إلى الموت المعبر ابتداءها من آخر الموتين ، حتى لو وقعت قبل ذلك لا يعتد بها ، ثم بالغ الشيخ بعد حكاية هذا الوجه في التزييف والتضعيف .

وعندنا أن مثل هذا ليس وجهاً يحكى ؛ إذ الوجوه/ الضعيفة إن كان صدرها عن ٢٦١ ي رأي ضعيف ، فقد تذكر وتزيّف ، وقد يقع منها ما هو باطل قطعاً ، ولكنه منسوب إلى [سوء]^(٢) النظر ، والمسائل التي تعد من مسائل الاجتهاد قد يقع فيها نظر فاسد من بعض المجتهدين قطعاً ، وهذا الوجه الذي ذكره ليس من هذا الفن ، بل صدر عن غفلة ونسيان .

(١) في الأصل : منها .

(٢) غير مقروءة في الأصل .

ونحن ننبه عليه ، فنقول : لو جرت الحيضة بين الموتين ، فلا اعتداد بها بوجه ، وقد^(١) صورنا تخلل شهرين وخمسة أيام بين الموتين ، فنسي صاحب هذا الوجه أن ابتداء الأمد الأقصى من آخر الموتين ، فكان في فكره بقية من أن الحيضة لا يعتد بها لو جرت من دوام النكاح ، فقال ما قال عن هذا ، فهذا إذا عثرة تقال ، وليس وجهاً يقال^(٢) ، ولولا اشتمال الأصول على حكايته ، لما حكته .

هذا كله إذا تخلل بين الموتين شهران وخمسة أيام .

٩٩٥٣- فأما إذا تخلل بين الموتين أقل من ذلك ، فأقصى الاحتياط أن تتربص أربعة أشهر وعشراً من آخر الموتين ، ولا استبراء عليها تفريعاً على المنصوص ؛ فإنه إن تقدم موت السيد ، صادف العتق الاشتغال بالنكاح ، ولم يجب الاستبراء ، وإن تقدم موت الزوج ، صادف حصول العتق بموت المولى بقية من عدة الوفاة ، فلم يجب الاستبراء ؛ إذا كيف فرض الأمر ، وأمكن تقدم موت المولى [أوجبنا]^(٣) أربعة أشهر وعشراً من آخر الموتين .

٩٩٥٤- ولو لم ندر كم المتخلل من الزمان بين الموتين ، فنوجب الأمر الأقصى مع الاستبراء ، بناء على جواز تخلل شهرين وخمسة أيام فصاعداً ، والتفريع على أن العود إلى حكم المولى يوجب الاستبراء عند العتق .

وقد بنينا أجوبتنا على أصل مقطوع به وهو أنها لا تخرج عما عليها إلا إذا قطعت [بأداء]^(٤) كل ما يقدر وجوبه .

هذا كله تفريع المذهب فيه إذا ترتب أحد الموتين على الثاني .

٩٩٥٥- فأما إذا ماتا معاً ، فلا شك أنا لا نوجب الاستبراء ؛ فإن ارتفاع النكاح وحصول العتق وقعا معاً ، والاستبراء إنما نوجبه على طريقة إذا عهدت متخلية عن عُلقة

(١) في الأصل : قد (بدون الواو) .

(٢) تنبه لما في العبارة من جناسٍ وسجعٍ مطبوع .

(٣) في الأصل : « فأوجبنا » .

(٤) في الأصل : بعادته .

كتاب العدة / باب استبراء أم الولد من كتابين . . . إلى آخره _____ ٣١٣

النكاح عائدة إلى المولى ولو في لحظة ، فإذا وقع الأمران معاً ، فلا عود ولا استبراء .

ويبقى النظر في أنها تستكمل عدة الحرائر أم كيف التفصيل فيهما ؟ قد ذكرنا قولين في أن العتق لو طرأ على العدة والمعتدة بآئنة ، فتكمل عدة الإماء أم عدة الحرائر ؟ ولو قدرنا تقدم العتق على ارتفاع النكاح بلحظة ، ثم فرض ارتفاع النكاح عن حرة ، فلا شك أنها تعد عدة الحرائر ، فإنها كملت وهي منكوحة ، ثم صادفها الفراق ، فلو وقع العتق مع الفراق من غير تقدم ولا تأخر ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : نقطع بوجوب عدة الحرائر ؛ نظراً إلى ابتداء العدة .

ومنهم من قال : يخرج هذا على القولين في طريان العتق على عدة الإماء ، وأقصى ما يسمح به ترتيب قولين على قولين .

ووجه هذا أن كمال العدة يتلقى من كمال الفراش ، وهذه ما كانت على الكمال في الفراش قط ، فانتظم مما ذكرناه ثلاثة أحوال / : أحدها - أن تكمل بالحرية ولو في ٢٦١ ش لحظة ثم تطلق ، وحكمها كمال العدة . والآخرى أن تستفتح العدة ناقصة بالرق ويطرأ الكمال ، وهذا محل القولين . والحالة المتوسطة بين الحالتين اللتين ذكرناهما - ارتفاع الكمال بالحرية مع الفراق ، وفيها طريقان ، وما ذكرناه من ترتيب الأحوال يجري في الموت الذي نحن في تفصيل حكمنا في الطلاق وغيره من أسباب الفراق .

٩٩٥٦- ولو لم نذر أوقع الموتان معاً أو تخلل بينهما زمان ، ثم لم ندر [لو]^(١) تخلل الزمان كم كان قدره ؟ فالوجه الأخذ بالأحوط ، وهو أربعة أشهر وعشر ، مع مراعاة حيضة فيها أو بعدها .

وأمثال هذا لا أعدها من معاصات الفقه ؛ فإن مدارها على فكر ، وإنما [أعواص]^(٢) الفقه في التفاف وجوه النظر ، وتقابل معاني الأصول [ومعارضات]^(٣) الإحالات للأشباه القريبة على حكم المناقضة . والله المستعان في الجلي والخفي .

(١) في الأصل : « ولو » .

(٢) في الأصل : أحواص .

(٣) في الأصل : وإن تعارضات .

فَصْلٌ

قال : « ولو وطئ المكاتب ، أمته فولدت . . . إلى آخره »^(١) .

٩٩٥٧- ليس لمقصود هذا الفصل تعلق خاص بالاستبراء ، [وتحصيله]^(٢) سيأتي مستقصى في [كتاب]^(٣) الكتابة ، ولكننا لإقامة رسم الجريان على ترتيب (السواد) نقول : المكاتب إذا اشترى جارية لم يملك الانفراد بوطئها ، والتسري بها دون إذن المولى ، وإذا أذن المولى ، فهذا من باب الإذن في التبرع ، وللشافعي قولان في أن تبرعات المكاتب هل تنفذ بإذن المولى ؟ فإن قلنا : إنها تنفذ ، حلت له الجارية إذا أذن المولى .

وإن لم تنفذ التبرعات بالإذن ، لم يثبت حلّ الوطء بالإذن ، والقول فيما يكون تبرعاً من المكاتب من أصول الكتابة ، وضبطه ليس بالهين ، والغرض الآن [إلحاق]^(٤) التسري بالتبرعات .

ثم إذا وطئ الجارية فأتت بولد ، فالولد يتكاتب عليه ، وليس في كتاب الكتابة أصل أعظم وأطم من أحكام الولد المكاتب ، ثم تكاتب الولد يثبت ، سواء فرعنا على أن الوطء يحل أم يحرم ؟ وسواء فرض الوطء قبل الإذن أو بعده ، ثم إذا ثبت التكاتب في الولد ، فمن آثاره أنه لا يبيعه ولكن إن رَقَّ ، رَقَّ الولد ، وإن عَتَقَ عَتَقَ معه .

فأما القول في أمية الولد للجارية ، فحاصل ما ذكره الأصحاب قولان : أحدهما - أن الأمية تثبت على نسق ثبوت تكاتب الولد .

والثاني - أنها لا تثبت أصلاً .

فإن قلنا : إنها تثبت ، فمن آثارها ألا يملك المكاتب بيعها ، كما لا يملك بيع

(١) ر . المختصر : ٤٥ / ٥ .

(٢) في الأصل : وتحصيل .

(٣) في الأصل : في كتابه .

(٤) في الأصل : التحاق .

الولد المتكاتب . ثم إذا رَقَّ رَقَّت ، كما يرق الولد ؛ فإن عُلُقَةَ الحرية في أمية الولد لا تزيد على ما يثبت للولد ، وإن عَتَقَ ، تأكدت أمية الولد ، وعَتَقَ الولد ، وإن لم تثبت أمية الولد في الحال ، فمن آثار ذلك أنه يجوز [للمكاتب]^(١) بيعها في [الحال]^(٢) .

٩٩٥٨- فلو عَتَقَ المكاتب ، فهل تثبت أمية الولد ؟ نقدم على هذا تجديد العهد بما إذا وطىء الرجل جارية غيره بشبهة ، وأتت منه بمولود حرٍّ ، فلا تصير أم ولد له ، ولكن لو اشتراها أو ملكها بجهة من الجهات ، فهل تصير / أم ولد له ؟ فعلى قولين ، ٢٦٢ ي سيأتي ذكرهما ، إن شاء الله .

فنعود ونقول : لو علقت الزوجة المملوكة من زوجها بولد رقيق ، ثم اشترى زوجته ، لم تصر أم ولد له عندنا ؛ فإن الولد انعقد رقيقاً قنّاً [إثر]^(٣) العلق .

وإذا وطىء المكاتب جارية الغير بشبهة حسبها زوجة نفسه ، فالقول في ولده عويص ، لسنا نخوض فيه . أما إذا وطىء جارية نفسه ، فالولد [مكاتب]^(٤) ، فإذا عَتَقَ ، والتفريع على أن أمية الولد لم تثبت في دوام الكتابة ، فكيف السبيل فيها الآن ؟ اختلف أصحابنا على طريقتين : فمنهم من قطع بأنها لا تثبت ؛ فإنها لم تثبت عند العلوق ، ولم يكن الولد العالق حرّاً أيضاً ، فنُجري القولين عند حصول الملك على الأم .

ومن أصحابنا من ذكر في ثبوت الاستيلاد عند عتق المكاتب قولين ؛ من جهة أن الولد العالق وإن لم يكن حرّاً لدى العلوق ، فقد كان على عُلُقَةِ الحرية ، ثم انتهت تلك العُلُقَةُ إلى الحقيقة ، فإن الولد يعتق بعتقه ، فلا يبعد تخريج القولين .

وغوائل الفصل تأتي في كتابها ، إن شاء الله عز وجل .

(١) في الأصل : المتكاتب .

(٢) في الأصل : الحالات .

(٣) مكان كلمة غير مقروءة في الأصل .

(٤) في الأصل : « متكاتب » .

٩٩٥٩- فإن قيل : أي تعلق لهذا الفصل بالاستبراء ؟ قلنا : تقدم عليه المستولدةُ وحكمُها ، فانجرّ الكلام إلى الاستيلاد في حق المكاتب ، هذا ترتيب (السواد) ، ويمكن تكلفُ وجه ربط الفصل بالاستبراء ، وذلك بأن يقال : إذا قلنا : المكاتب يستبيح الجارية بإذن المولى ، وقد اشترى الجارية ، فالاستبراء من وقت الملك أو من وقت الإذن ، وهذا أصل من الأصول ، يأتي في الباب الذي يلي هذا الباب ، وقد أوفينا عليه .

* * *

باب الاستبراء من كتابي^(١) الاستبراء

قال الشافعي : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عام أوطاس . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٩٦٠- الباب المتقدم كان مقصوداً على طريان العتق على أمهات الأولاد أو الإماء الرقيقات ، ومضمون هذا الباب في الاستبراء الذي يجب على من يملك جارية ، ويحاول استباحتها بملك اليمين ، وقد تجري مسائل يمتزج فيها مضمون البابين .
والأصل الذي عليه التعويل في هذا الباب أن من يثبت له ملك على رقبة جارية بشراء ، أو اتها ب ، أو وصية ، أو إرث ، أو بسبي واسترقاق ، فإنها لا تحل له حتى يستبرئها ، ثم ما يجري الاستبراء به قد مضى مستقصى في الباب الأول ، فلا حاجة إلى إعادته .
والأصل في الاستبراء نداء منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسبيات ، ثم أجمع العلماء قاطبة على أن كل ملك متجدد - في اقتضاء الاستبراء - ينزل منزلة الملك الثابت على رقبة المسبية ، ثم الاستبراء الثابت في هذا الفن يجب سواء كانت المملوكة بكرًا أو ثيبًا ، صغيرة أو كبيرة ، حاملاً أو حائلاً ، وسواء ترتب الملك على شغل سابق ، أو حصل غير مرتب على شغل ، فمن اشترى جارية من امرأة ، أو من صبي لا يطاق مثله ، أو من رجل وما كان وطىء فعلية الاستبراء .

فإن جرى استبراء قبل البيع ، فذلك الاستبراء لا أثر له في الاستبراء الواجب بسبب / ٢٦٢ ش
الاستباحة بملك اليمين ، وقد قدّمنا في الباب الأول أن الاستبراء الجاري بالملك السابق هل يسلط المشتري على التزويج ؟ فذاك الخلاف في التزويج ، ولا خلاف بين

(١) قد مرّ مثل هذا آنفاً أول أبواب الاستبراء ، حيث قال : (باب استبراء أم الولد - من كتابين) وهذا العنوان هنا مثل سابقه مأخوذ من مختصر المزني ، غير أنه هنا فيه بعض التغيير ، فهو في المختصر : « (باب الاستبراء) من كتاب الاستبراء والإماء » (٤٥ / ٥) .

(٢) ر . المختصر : ٤٥ / ٥ .

الأصحاب في أن المشتري لو أراد استباحتها بملك اليمين ، فالاستبراء الذي مضى قبل البيع لا يغني عنه شيئاً ، فليمثل الناظر الفرق بين الباين في نفسه ؛ فإن التزويج مبناه على الشغل والبراءة ، والاستبراء الواجب على المستبيح بملك اليمين مبناه على تجدد الملك لا غير .

ومن هذا الوجه يتأكد التعبد في هذا النوع من الاستبراء ؛ فإنه غير مربوط بشغل سابق ، بخلاف العدة المترتبة على فراق يجري في الحياة ؛ فإنها لا تجب إلا بوطء ، كما تمهد موضوع العدة .

ثم أوضح الأصحاب هذا الأصل بتصوير أملاك متجددة قد يستبعد المبتدئ وجوب الاستبراء عندها ، فلو اشترى رجل جارية واستبرأها ، ثم باعها ، واستقال البيع بعد زوال الملك ، فعليه أن يستبرئها مرة أخرى ، سواء قلنا : الإقالة فسخ أو بيع ، فكل ما يجدد الملك ، سواء كان بيعاً أو فسخاً ؛ فإنه يوجب على من يبغي الاستباحة بالملك استبراءً جديداً ، وسنعود إلى تقرير ذلك من بعد ، إن شاء الله .

٩٩٦١- فإن قيل : هل يُتصور مسلك يسقط الاستبراء ويسلّط على الوطء دونه ؟ قلنا : نذكر حكاية مستفادة جرت للرشد مع أبي يوسف ، ونستاق الحكاية على وجهها ، ثم نأخذ في أصل من أصول الباب يشتمل على الجواب عن إمكان إسقاط الاستبراء .

قيل : عُرضت جوارٍ على الرشد ، فوقع واحدة منهن الموضع ، فحرّص على الإمام بها قبل الاستبراء ، فراجع العلماء في إمكان ذلك ، فلم ير واحداً منهم مسلماً يسقط الاستبراء ، وكان أبو يوسف في أخريات القوم ، فقال : يا أمير المؤمنين لو رُفع مجلسي ، فرفع على الكل ، فقال : يا أمير المؤمنين ، سيدها [يزوّجها]^(١) ، ثم تشتريها مزوّجةً ، فيطلقها الزوج ، فتحل لأمر المؤمنين من غير استبراء .

وروي أنه قال : يزوجه أمير المؤمنين من بعض خدمه ، ثم يأمره بتطليقها ، فتحل له من غير استبراء ، وقد شهِر أصحاب أبي حنيفة الهارونية بين أظهرهم ، واختلفوا

(١) في الأصل : يتزوجها .

فيها ، فقال بعضهم : الهارونية هذه ، ومضمونها التسبب إلى إسقاط الاستبراء .

وقيل : الهارونية مسألة أخرى ، وهي أن الرشيد غاظه شيء من بعض حظاياه ، وكانت في بيت ، فحلف لا تخرج منه ، وراجع العلماء ، فلم يجدوا للبرّ موضعاً ، فقال أبو يوسف : الوجه أن تضرب عليها خيمة تسترها عن الغلّة ، ثم تنقض البيت ، فتخرج ، ولا يحنث أمير المؤمنين ، فإنها لا تكون خارجة من البيت المشار إليه .

وقيل : الهارونية مسألة أخرى ، وهي أنه نظر إلى الجوّاري اللواتي خلفهن عليه أبوه ، فمال إلى واحدة منهن ، فذكرت أن [أباه]^(١) كان أصابها ، فازداد حرصاً عليها ، ولم يؤثر اقتحام الحرمة ، فقال أبو يوسف / : لا يقبل قولها فيما ادّعته من ٢٦٣ ي الإصابة^(٢) .

قال أئمتنا : أما مسألة اليمين المعقود على المنع من الخروج من البيت ، فجوابنا فيها جواب أبي يوسف والسبب فيه أن الحنث والبرّ معقودان على البيت ، وفي هذه انعدام متعلّق اليمين برّاً وحنثاً ، فلا وجه إلا ما قاله أبو يوسف .

وأما ادعاء الجارية إصابة الأب ، فجوابنا يوافق جواب أبي يوسف ؛ فإن الأصل عدم الإصابة ، والملك على الجملة مسلّط ، فلا يقبل قولها .

ولا يخفى سبيل الورع على من يحاوله ، ثم للتورع درجات مأخوذة من غلبات الظنون ، فمهما^(٣) اقتضى ظاهر الشرع رفع الحظر ، وغلب على الظن بسبب خفيّ محرّم ، فلا حظر ، ولكن الورع الاجتناب .

ثم ترتب الدرجات في الورع على حسب ترتب الظنون ، وإلى هذا أشار الرسول

(١) في الأصل : أباه .

(٢) قصة حيلة أبي يوسف للرشيد في شأن الجارية ، حكاها الخطيب البغدادي في تاريخه ، وكذلك ابن خلكان ، ولكن الأحناف لم يذكروها فيما رجعنا إليه من كتبهم ، ولا في ترجمتهم لأبي يوسف ، وكأن الأحناف ينكرونها ولا يصدقونها ، بل يجعلون ذلك من الادعاء عليهم ، وآية ذلك أن الكوثري أنكر هذه الحكاية ، وعدّها مكذوبة على أبي يوسف ، ومن أشنع الفري على (ر . تاريخ بغداد : ٢٥٠ / ١٤ ، ٢٥١ ، وفيات الأعيان : ٣٨٤ / ٦ ، تأنيب الخطيب : ٢٧٥ ، مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي : ص ٤٧ التعليق رقم (١) للكوثري) .

(٣) فمهما : معناها : فإذا .

صلى الله عليه وسلم إذ قال عليه السلام في القصة التي ستأتي في كتاب الرضاع : « كيف وقد زعمت السوداء أنها أرضعتكما » ؟ والذي يمهد ما ذكرناه في الورع تأصيلاً وتفصيلاً قول المصطفى عليه السلام : « استفت قلبك وإن أفثاك المفتون » وهذا منه صلى الله عليه وسلم إحالة للمتورّع على غلبات الظنون .

٩٩٦٢- وأما مسألة إسقاط الاستبراء ، فإنها عسرة الخروج على مذهبنا ؛ فإن اشترى الرجل جارية ، لم يملك تزويجها ؛ حتى نبني عليه سقوط الاستبراء ، وقد قدمنا في الباب قاعدة المذهب ، في أن التزويج يستدعي ترتباً على استبراء ، ثم ذلك الاستبراء هل يشترط جريانه في ملك المزوج ، أم يكفي جريانه في ملك البائع ؟ فيه تردد مهدنا أصله ، وأوضحنا تفريعه .

وأبو حنيفة^(١) يجوز للذي يطأ مملوكة نفسه أن يزوجه عقيب الوطء ، وهذا من فضحات مذهبه . وإن صورنا التزويج من ملك الجارية قبل بيعها ، [فشرط]^(٢) تصحيح التزويج تقدم الاستبراء منه أيضاً .

ثم لو كان تقدّم الاستبراء منه ، ثم زوج^(٣) ، واشتراها من طلبها مزوجة ، وطلقها الزوج ، ففي هذا اختلاف نصوص ، واضطراب الأصحاب في الترتيب ، وهو من أقطاب الباب .

وإن قال من يريد البيع والتزويج : قد [استبرأتهما]^(٤) ، فينقذ قبول قوله ، ومن هذا الطرف ينتصب حيلة على قول سنصفه في إسقاط الاستبراء .

٩٩٦٣- ونحن الآن نخوض مستعينين بالله تعالى في هذا الأصل ، وننقل ما فيه من النصوص ، ونذكر اختلاف الأقوال ، ولا يصفو الأصل ما لم نُجرِ وجوهاً من الانعطاف عليها عوداً على بدء ، فنقول : نص الشافعي في الأم على مسألتين ، وأجاب فيهما بجوابين ظاهرهما الاختلاف والتناقض .

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٨ .

(٢) في الأصل : فنشترط .

(٣) كذا : (زوج) بحذف المفعول : (زوجها) .

(٤) في الأصل : استبرأها .

ونص عليهما في الإملاء ، وأجاب فيهما بجوابين على الضد من جوابيه في الأم .
قال في الأم : « من اشترى جارية معتدة عن زوج ، أو اشتراها وهي مزوجة ، ثم طلقها
زوجها ، فاعتدت إن كانت ممسوسة ، أو تخلت من غير عدة إن لم تكن ممسوسة ،
فليس على المشتري استبراء مقصود ؛ فإذا انقضت بقية عدة الزوج ، حلت للمشتري ،
وإن/ تخلت عن النكاح من غير عدة ، حلت له من غير استبراء » هذا نصه في إحدى ٢٦٣ ش
المسألتين .

وقال في الأم أيضاً : « لو زوج السيد أمته حيث يصح تزويجها ، فطلقها الزوج بعد
المسيس ، واعتدت ، فعلى السيد أن يستبرئها بعد العدة ، لا تحل له إلا باستبراء
مقصود ، يفرض جريانه بعد انقضاء العدة عن الزوج » .
هذا بيان المسألتين ، ونقل جوابي الأم [فيهما] (١) .

وقال في الإملاء : « من اشترى معتدة عن زوج ، فانقضت عدتها ، لم تحل
للمشتري إلا باستبراء جديد مقصود بعد انقضاء العدة » . وقال في الإملاء : « إذا زوج
السيد أمته ، فمسها ، ثم طلقها ، واعتدت عن زوجها ، حلت للسيد من غير استبراء
على العدة » فجرى جواباه في الإملاء مضاداً لجوابيه في الأم .

هذا نقل النصوص ، وأول ترتيب نبتديه أن نذكر في كل مسألة من المسألتين قولين
على الإطلاق ، ونوجههما ، ونفرع عليهما ، فإذا نجز الغرض من ذلك ، انعطفنا على
أول المسألة ، وتصرفنا على مأخذ النصوص ، ثم ننظر بعده فيما يكون .

فنقول أولاً : من اشترى جارية معتدة عن زوج ، فانقضت العدة ، فهل تحل
للمتملك من غير استبراء مقصود بعد العدة ؟ فعلى قولين : أحدهما - وهو المنصوص
عليه في الأم أنها تحل من غير استبراء . والثاني - وهو المنصوص عليه في الإملاء أنها
لا تحل إلا باستبراء مستفتح بعد العدة .

٩٩٦٤- توجيه القولين : من قال : لا حاجة إلى الاستبراء بعد مضي العدة ، احتج

(١) في الأصل : منهما .

بأن قال : علة وجوب الاستبراء ثبوت الملك على الرقبة ، وقد جرى ذلك والجارية مشغولة بالعدة ، والعدة تُحرّمها على مالك الرقبة من غير فرض استبراء مقصود في حق المالك ، فكأن العلة في اقتضاء الحكم استدعت محلاً ، وهي فراغ الجارية عن كل محرّم سوى الاستبراء ، وإذا كانت مشغولة ، فقد فقدت العلة محلّها ، وسقط أثرها ، ثم الأثر الساقط لا يعود بفراغها ؛ فإن العلة إذا لم تقتضِ حكمها مقترناً بها ، فقد خرجت عن كونها علة ، وإذا هي فرغت ، فقد مضت العلة ، ولم يثبت تجدد ملك عند الفراغ .

هذا وجه قول الأم .

ومن قال بالقول الثاني احتج بأن قال : تجدد الملك يوجب استبراءً ، فإن كانت الجارية مشغولةً ، فقد تنجز بالعدة وجوب الاستبراء ، وإنما تأخر أدائه وإجراؤه ، وهذا غير ممتنع ، فإن من وطئ معتدة عن الزوج بشبهة ولم يحبلها ، فالوطء يوجب العدة ، ولكن تأدية عدة الوطء بالشبهة تتأخر إلى الفراغ من عدة الزوج .

وهذا القول أفقه وأوجه ، وفيما ذكرناه انفصال عما وجهنا به القول الأول .

التفريع على القولين :

٩٩٦٥- إن قلنا بقول الأم ، فلو اشترى مزوجة ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، فلا استبراء أيضاً ؛ تعويلاً على أنها كانت مشغولة بحق الزوج عند حصول تجدد الملك ، فإذا طلقها الزوج قبل المسيس ، حلت للمشتري من غير استبراء ، وعليه يُخرج ي ٢٦٤ جواب/ أبي يوسف موافقاً لهذا القول من مذهبنا ، وليس فيه ما يخرم أصلاً كلياً ؛ فإن النكاح ترتب انعقاده على استبراء ، ثم لم يوجد في النكاح شغل رحم ، فليس في إسقاط الاستبراء تسليطٌ على شغل رحم مشغول ، وإنما فيه إسقاط استبراء ثبت أصله بعارضٍ اضطربت الظنون فيه .

وإذا فرعنا على قول الإملاء : فلو اشترى معتدةً ، فالجواب ما تقدم ، ولو اشترى مزوجةً ، فحق الزوج في وضعه على التأبد ، وتجدد الملك إن أوجب الاستبراء ، فتقديره وقوف أدائه على ارتفاع النكاح يوماً من الدهر ، ولا يرتبط [ارتفاع النكاح بمدة

ينتظر انقضاؤها^(١) ، فيعترض في هذه الصورة ما نبهنا عليه .

ولكن إن كان كذلك ، فمهما^(٢) خلت عن حق الزوج ، لم تحلّ للمشتري إلا باستبراء مفتتح مقصود ، وذلك الاستبراء لا ينقضي وهي تحت الزوج ، بخلاف ما لو وطئت الزوجة بالشبهة ، فإن العدة عن الواطيء تعقب الوطء ، والسبب فيه أن تسلط الزوج بعد اشتغال الرحم بماء الواطيء بالشبهة محال ، فلا وجه إلا أن تشتغل بالتربص عقيب الوطء . وإذا انقضت مدة العدة ، عادت مستحلة للزوج .

فأما الاستبراء الثابت على المشتري ، فيستحيل انقضاؤه في دوام التزويج ؛ فإنه لو فرض ذلك ، لم يستعقب حلاً للمشتري ، ووضع الاستبراء على أن يستعقب انقضاؤه الحلّ لمن عليه الاستبراء ، فإذا إذا اشترى مزوجةً ومسها الزوج ، ثم طلقها ، فإنها تعدّ عن الزوج ، ثم يستبرئها المشتري ، وإن لم يكن الزوج مسها ، فكما^(٣) طلقها يستبرئها المشتري ، وتحلّ له .

هذا بيان أصل القولين والتنبيه على التفريع عليهما في مسألة واحدة .

٩٩٦٦- فأما المسألة الثانية وهي إذا زوج السيد أمته ، فمسها الزوج ، وطلقها ، واعتدت عن الزوج ، فهل يتوقف استحلال السيد إياها على استبراء مقصود بعد العدة ؟ فعلى قولين : أحدهما - وهو المنصوص عليه في الأم أنه لا بد من استبرائها . والقول الثاني - أنه لا يجب استبرائها ، بل تحل للمولى بعد انقضاء العدة من غير استبراء جديد ، وهذا هو المنصوص عليه في الإملاء .

٩٩٦٧- توجيه القولين : من قال لا يتوقف الاستحلال على استبراء بعد العدة ، احتج بأن الملك المطرد على الرقبة لم [يطراً]^(٤) عليه زوالٌ وتجذُّدٌ ، ولكن جرى من جهة الزوج شغلٌ ، ثم انقضى ما هو استبراء عنه ، وهو العدة ، فوقع الاكتفاء به ،

(١) في الأصل : « ولا يرتبط الارتفاع النكاح بهذه ينتظر انقضاؤها » ففي العبارة تصحيف وآثار عجمة .

(٢) فمهما : المعنى : فإذا .

(٣) فكما : بمعنى عندما .

(٤) في الأصل : يطرد عليه زوال .

واطردها الحل بعد مضيّه ، وصار بمثابة ما لو وطئت زوجة الإنسان بالشبهة ، فإذا انقضت عدة الشبهة ، فالحل مستمر بحكم النكاح .

ومن قال بالقول المنصوص عليه في الأم ، احتج بأن التزويج أثبت استحقاق حلّ البضع للزوج ، ثم لا يعود استحقاق السيد إلا بانقضاء العدة ، فينبغي أن يقتضي تجديد الاستحقاق في حل البضع استبراءً ، وهذا أخصر باقتضاء الاستبراء من تجديد الملك على الرقبة .

ش ٢٦٤ هذا بيان توجيه القولين / .

٩٩٦٨- ويتفرع عليهما ارتفاع التزويج من غير فرض مسيس ، فإذا فرعنا على قول الأم ، فطلق الزوج الأمة قبل المسيس ، لم يستحلها المالك من غير استبراء لما أشرنا إليه من عود الاستحقاق بعد زواله .

وإذا فرعنا على قول الإملاء ، لم يجب على المالك استبراءً ؛ لا طراد الملك على الرقبة ، ولم يوجد من جهة الزوج شغل يقتضي الاستبراء عنه .

٩٩٦٩- وإذا ثبت ما ذكرناه من إجراء القولين في كل مسألة ، رجعنا بعد ذلك إلى الكلام على النص ، فنقول : النصان المنقولان عن الأم في المسألتين ظاهرهما التناقض ؛ من جهة أنه أوجب الاستبراء على المالك إذا زال التزويج الطاريء على الملك بناءً على تجدد الاستباحة بعد زوالها ، وهذا التعليل يقتضي أن يقال : إذا اشترى مزوجة ، ثم تخلت عن الزوج ، تعين الاستبراء ، لأنه يستحق استباحتها بتخليها عن الزوج ، فلئن لم يقتض تجديد الملك على الرقبة استبراءً ، لأنه صادفها مشغولة بحق الغير ، فليقتض تخليها استبراءً لثبوت حق الاستباحة .

وكنت أود أن يكون تصرف الأصحاب في مسألتين الأم وجوابي الشافعي فيهما من طريق النقل والتخريج كما أشرت إليه من اختلاف الجوابين ، ولم يصح عندي أن الشافعي ذكر المسألتين في الأم متواليتين ، فيعسر لذلك طريق النقل والتخريج .

فإن والي الشافعي بين جوابيه في المسألتين ، فالممكن في ضبط الجوابين بمسلك واحد أن يقال في إيجاب الاستبراء : تجدد الملك على الرقبة ، وتجدد الاستحقاق في

الحِلّ في حكم [البيع]^(١) الملحوق بتجدد ملك الرقبة لو تجدد ، فإذا اشترى الرجل جارية مزوّجة ، وقد جرت العلة الظاهرة عادمةً محلّها ، ومحلّها^(٢) فراغ الجارية ، فإذا تعطلت العلة الظاهرة ، لم يكن لثبوت الحِل بعدّها حكمٌ ، وإذا زال الاستحقاق في استمرار الملك ثم تجدد ، فهذا متجدد ، فلا يمتنع أن يقتضي استبراءً ، وهذا يناظر من أصل الشافعي تعطيله التوريث بالقرابة البعيدة بسبب القرابة القريبة إذا هما اجتمعتا لشخص واحد ، وكانتا بحيث لا يجوز التوصل إلى تحصيلهما ، فالقرابة البعيدة كالمعدومة ، وكأنّ لا قُرب بها مع القرابة القويّة القريبة ، ولو تجرّدت القرابة البعيدة ، لوقع التوريث بها . وهذا تكلفٌ .

٩٩٧٠- فأما الجوابان المنقولان عن الإملاء ، فلا تنافي بينهما ، ولا يلتفتان على اختلافٍ ، بل هما مأخوذان من أصليين ؛ فإنه لم يوجب الاستبراء إذا زال التزويج الطاريء على أصلٍ بيّن ، وهو استمرار الملك ، وأوجب الاستبراء إذا اشترى المزوّجة ، وانقطع التزويج وعلاقته ؛ لأنه رأى تجدد الملك على الرقبة موجباً استبراءً ، ثم أخره عن الزوجية وحقها .

٩٩٧١- وينشأ من هذا المنتهى فصلٌ في تداخل الاستبراء ، وقد قدمنا قولاً بالغاً في تداخل العدتين من شخصٍ واحد ، وعدم تداخلهما من شخصين ، ونحن نذكر ما يليق/ بالاستبراء من هذا الحكم ، ونعتمد تصوير تعدد السبب ، وفيه عسرٌ ؛ من ٢٦٥ ي جهة أن السبب الأظهر [في]^(٣) إيجاب الاستبراء تجدد الملك على الرقبة ، ومن ملك جارية ثم باعها قبل الاستبراء ، انقطع وجوب الاستبراء عن الأول وفاقاً ، وتجدد بملك الثاني سببٌ في اقتضاء الاستبراء ، وليس ذلك كوطء الشبهة يطرأ على العدة ؛ فإنه لا يتضمن قطع وجوب العدة الأولى ، فلا جرم لا نقضي بتداخل العدتين ، ونقدّم منهما ما يقتضي الشرعُ تقديمه .

(١) في الأصل : البائع .

(٢) في الأصل : أو محلّها .

(٣) في الأصل : من .

فلا يتصور إذاً من هذه الجهة اجتماع سببين من شخصين مقتضيين للاستبراء ، بل السبب المتأخر ينسخ المتقدم ، ويقطعه ويستأصل موجباً ، فإذا لا يتأتى فرض اجتماع السببين من شخصين إلا في صورة واحدة ، وهي أن يكون لرجلين جارية مشتركة ، فلو وطئها ، فلا شك في تحريم الوطء ، فلو أرادا تزويجها وقد وُجد من كل واحد منهما ما يشغل الرحم ، ولو كانت مستخلصة لواحد ، ورام تزويجها بعد الوطء ، لم يجد إلى ذلك سبيلاً ما لم يستبرئها ، فإذا تعدد الشاغل ، فهل يقع الاكتفاء بحيضة ، حتى إذا مضت يسوغ تزويجها ، أم لا بد من الاستبراء بحيضتين : حيضة عن هذا وحيضة عن الآخر ؟ فعلى وجهين : من أصحابنا من قال : لا بد من استبراءين لتعدد السبب والشخص ، قياساً على العدتين إذا وجبتا عن شخصين .

ومن أصحابنا من اكتفى بحيضة واحدة ؛ فإن الغرض من هذا النوع من الاستبراء قيام علامة براءة الرحم ، وهذا المعنى يحصل بالحيضة الواحدة .

وقرب أئمة المذهب هذا الاختلاف من تردد الأصحاب في أصل الاستبراء وما هو المعتبر منه ، فمن زعم أن الاستبراء بالطهر ، كان ذلك منه تغليياً لمعنى التعبد ، وذلك يقتضي التعدد إذا تعدد الشخص والسبب ، ومن صار إلى أن المعتبر في الاستبراء الحيض دون الطهر ، لم يبعد عنده الاقتصار على الحيضة الواحدة ؛ فإن سبيل دلالة الحيضة الواحدة إذا جرت على ترتيب الأدوار كسبيل دلالة حيضتين فصاعداً .

هذا قولنا في تداخل الاستبراءين وامتناع تداخلهما .

٩٩٧٢- وأما القول في تداخل الاستبراء والعدة ، فإذا اشترى الرجل جارية معتدة ، فانقضت العدة ، فقد ذكرنا جوابي الأم والإملاء ، في أنه هل يجب بعد العدة استبراء على المستبيح بالملك .

وقد يخطر للفظن أن هذا يتنشأ من اندراج الاستبراء تحت العدة نفياً وإثباتاً ، حتى إن حكمنا بالاندراج ، لم نوجب استبراءً مقصوداً بعد مدة العدة ، وإن لم نحكم بالاندراج ، أوجبنا الاستبراء بعد العدة .

وهذا ليس على وجهه ؛ فإن الأئمة طردوا القولين في المشتراة المعتدة سواء بقي

من عدتها مقدار الاستبراء أو كان الباقي أقل من مقدار الاستبراء ، ولو كان ذلك مأخوذاً من التداخل ، لا اعتبرنا بعد الشراء مدة استبراء كامل ؛ فإننا لما حكمنا بتداخل العدتين من شخص واحد ، ثم فرضنا منه وطئاً ، وقد بقي من العدة لحظة ، فنعتبر من وقت الوطء/ عدة كاملة ، فذلك الاختلاف مأخذه أن المشغولة إذا اشترت ، فالشراء هل ٢٦٥ ش يوجب الاستبراء فيها أم لا ؟ والقولان جاريان أيضاً في المنكوحة إذا لم يمسه زوجها ، ثم تخلت عن الزوجية من غير مسيس .

نعم ، إن أردنا تصوير التداخل بين الاستبراء والعدة ، فرضنا أمةً مطلقة جارية في العدة ، وقد وطئها السيد بالشبهة ، فهي لا تزوج ما لم تتحل ، فلو كان بقي من العدة مقدار استبراء [فهل] ^(١) يقع الاكتفاء به أم نقول : تنقضي العدة ونعتبر استبراءً عن السيد بعدها ثم تزوج ؟ فعلى وجهين مأخوذين من تداخل الاستبراءين في الصورة التي قدمناها .

٩٩٧٣- هذا بيان نصوص الأم والإملاء على كماله ، وقد لاح مخرج جواب أبي يوسف على قول النص عليه في الأم ، كما قدمناه .

ونحن بعد ذلك نعقد فصلاً يحوي مقاصد الاستبراء ، ونرسم فيه أنواعاً شاملة لا تغادر فيها غرضاً ، وإن انسل عن الضبط مسألة أو مسائل ، رسمنا فروعاً ، إن شاء الله تعالى .

فصل في

في بقية الاستبراء يشتمل عليها أنواع

٩٩٧٤- النوع الأول - في بيان ما يوجب الاستبراء وقد قدمنا في صدر الباب الأول أن ما يوجب الاستبراء ينقسم إلى ما يزيل الملك وإلى ما يثبت الملك ، واستقصينا القول فيما يزيل الملك .

ونحن الآن نذكر التفصيل فيما يجدد الملك ، فنقول : السبب الأظهر ، والمعنى

(١) زيادة اقتضاها السياق .

المعتبر في ذلك ثبوتُ الملك على الرقبة ممن يتصور منه الاستحلال ، فمن ملك - وهو ممن يستحل - جاريةً بمعاوضةٍ ، أو تبرع ، أو إرث ، أو عقدٍ ، أو فسخٍ ، أو سبي واسترقاقٍ جاريةً^(١) ، تعين عليه استبرأؤها ، ولا تحل له دونه .

قيدنا الكلام بمن يتصور منه الاستحلال ؛ فإن المرأة لو اشترت جاريةً ، لم يلزم الاستبراء ، وإذا اشترى الرجل واحدة من محارمه ، فلا معنى للحكم بوجوب الاستبراء ؛ فإن الاستبراء في معنى الأجل الذي إذا انقضى أفضى إلى الحل ، فإذا لم يكن الحل متوقعاً ، لم يكن لتقدير الاستبراء معنى .

ثم مهما^(٢) تجدد الملك ، فحكم وجوب الاستبراء ما ذكرناه ، حتى لو اشترى جاريةً واستبرأها ، ثم باعها ، وانتقل الملك إلى اللزوم ، ورُدَّت عليه ، وكل ذلك [في]^(٣) لحظة ، فعليه أن يستبرئها مرة أخرى ، وإن لم يطرأ شاغل ؛ نظراً إلى التجدد المتأخر ، ولا التفات للاستبراء على سابق^(٤) ، وليس يجب لأجل شغل متقدم ، وإنما وجوبه يتعلق بتجدد الملك في نفسه ، ثم لا فرق بين أن يكون تجده بفسخٍ ، أو بعقد كما ذكرناه .

ولو فرض التقايل ، فعلى الذي ترد إليه الجاريةُ الاستبراء ، سواء قلنا : الإقالة فسخ ، أو قلنا : إنها بيع .

٩٩٧٥- وإذا باع الرجل الجارية ، وفرعنا على أن الملك يزول إلى المشتري في زمان الخيار ، فلو فسخ البائع البيع ، وارتدت الجارية إلى ملكه ، فقد زال ملكه ، ثم تجدد ، فهل يلزمه الاستبراء ، أم يشترط أن يكون زوال الملك على حكم اللزوم ، والتجدد مترتب عليه ؟

ي ٢٦٦ ذكر طوائف / من أئمتنا أن الاستبراء يجب ؛ طرداً لما ذكرناه من النظر إلى تجدد الملك .

(١) جارية : مفعول لقوله : « ملك » وقد كررها - بعد أن ذكرها - لطول الفصل .

(٢) مهما : بمعنى (إذا) أو (كلما) .

(٣) في الأصل : به لحظة .

(٤) أي على ملك سابق .

وهذا عندي يُخرَج على أصلٍ ، وهو أن من باع الجارية ووقع التفريع على زوال ملكه ، وكان الخيار ثابتاً للبائع ، فهل يحل الإقدام على وطء الجارية ؟ فيه كلام قدمناه في أول البيع ، والمذهب الأصح أنه يحل للبائع وطؤها ، ثم يقع الوطء فسخاً .
 وذهب بعض أئمة المذهب إلى أن الإقدام على الوطء لا يحل ، ولست أعيد تلك التفاصيل .

والغرض مما ذكرناه أنا إن حكمنا بأن الوطء يحرم على البائع ، فإذا فسخ البيع ، لم يمتنع وجوب الاستبراء عليه لمكان تجدد الملك وترتبته على تحريم الوطء .
 فأما إذا حكمنا بأن الوطء مباح للبائع [لوقوعه]^(١) فسخاً ، فهذا يخرج على أصل مقصود في نفسه ، وهو أن من نكح جارية واشتراها ، ففي وجوب الاستبراء عليه خلاف ، والأصح أنه لا يجب ؛ لأنه نقلها من حلٍّ إلى حل . ومن أصحابنا من أوجب الاستبراء ؛ نظراً إلى تجدد الملك ، ثم إلى اختلاف الجهة .

ونقول بعد ذلك : إذا فسخ البائع البيع ، فهذا يترتب على الخلاف الذي ذكرناه في شراء المزوجة ، فإن لم نوجب على الزوج الاستبراء ، لم نوجبه على البائع إذا فسخ ؛ فانتفاء الاستبراء في حقه أولى .

وإن أوجبنا الاستبراء على الزوج إذا اشترى زوجته ، ففي البائع إذا فسخ - والتفريع على أنها مستحقة له قبل الفسخ - وجهان مبنيان على المعنيين اللذين أشرنا إليهما في مسألة الزوج : فإن اعتمدنا النقل من جهة إلى جهة ، فلا استبراء على البائع ؛ فإنه نقلها من ملك إلى ملك ، وإن اعتبرنا ثمَّ تجدد الملك ، فهذا المعنى متحقق في البائع .
 هذا منتهى كلامنا في إيضاح تجدد الملك على الرقبة وبيان اقتضائه للاستبراء .

٩٩٧٦- ومما يتعلق بموجبات الاستبراء أن الرجل إذا كاتب جاريته ، ثم إنها عجزت ورقت أو أرقت نفسها اختياراً ، فقد أجمع الأصحاب على أنه يجب على السيد أن يستبرئها وإن لم يزل ملكه عن الرقبة بالكتابة ، والسبب فيه أن الكتابة أثبتت لها حق الاستقلال ، حتى إنها تُعامل سيدها معاملة الحرائر ، ولو وطئت ، فالمهر لها ، فإذا

(١) في الأصل : لو نزع فسخاً .

تجدد احتكام السيد عليها بالعود إلى الرق ، كان ذلك بمثابة تجديد الملك على الرقبة في إيجاب الاستبراء .

ولهذا قال الأصحاب : إذا وطئ الرجل جاريةً بملك اليمين ، وحرمت عليه أختها ، فلو [ماتت]^(١) التي وطئها ، حلّ له وطء الأخرى ، كما تحل له لو باع الأولى .

ولو زوج الرجل جاريته ، ثم تخلّت عن الزوج ، وما كان جرى مسيس ، فهل يجب على السيد أن يستبرئها ، فعلى القولين المنقولين عن الأم والإملاء ، ويمكن ش ٢٦٦ تخريجهما/ على أن الزوج استحق الحل منها ، وانقطع ذلك من السيد ، ثم إذا تخلّت وعاد استحقاق [السيد]^(٢) فهل يكون هذا التجدد في الاستحقاق بمثابة التجدد في ملك الرقبة بالتجدد في الرق بعد الكتابة ؟ فعلى قولين .

٩٩٧٧- ولو ارتدت الجارية وحرمت لردتها ، ثم أسلمت ، ففي وجوب الاستبراء خلاف ، والأولى ترتيبه على القولين في ارتفاع الزوجية .

والأوجه في المرتدة انتفاء وجوب الاستبراء ؛ فإن الردة وإن حرمتها ؛ فإنها ما حلت لغير المولى ، والزوجة حلت للزوج ، [وثبت]^(٣) استحقاقه الحل في معنى الأملاك المحققة ، والردة لا تقطع الملك ، وإنما تنافي الحل . نعم ، أثرها ظاهر في قطع النكاح كما سبقت مسأله .

ولو أحرمت الجارية ، ثم تحللت ، فقد ذكر الأصحاب خلافاً في وجوب الاستبراء اعتباراً بالردة ؛ فإن المرتدة محرمة كالمُحرمة ، فلا أثر للإحرام والردة في قطع ملك اليمين وإنهاء تصرف المالك ، والأصح أن الاستبراء لا يجب إذا أسلمت المرتدة ، أو تحللت المحرمة .

ولست أرى لترتيب المُحرمة على المرتدة وجهاً - وإن كان شيخي يتولع به - لأن

(١) في الأصل : كانت .

(٢) في الأصل : الزوج .

(٣) في الأصل : وثبت .

الإحرام يترتب على الردة في أحكام النكاح ، فأما في ملك اليمين ، فلا فرق بينهما ، وليس الإحرام فيما ذكرناه كالصوم ؛ إذ لا خلاف أن الصائمة إذا أفطرت ، استحلت للمولى ؛ فإن الصوم لا يحرم وجوه الاستمتاع ، وإنما يحرم الوطء والتلذذ المفضي إلى الإنزال ، والإحرام يحرم جميع وجوه الاستمتاع ، فجرى الخلاف فيه على بُعد ، كما ذكرناه .

٩٩٧٨- ومما نلحقه بهذا النوع أن الرجل إذا أسلم في جارية ووصفها ، ثم سلمت إليه جارية ، فلم يجدها على الصفات ؛ فإن رضي بها ، استمر ملكه فيها ، وإن ردها ، وعاد إلى المطالبة بالجارية على الصفات المطلوبة ، فهل يجب على المسلم إليه استبراء الجارية التي رُدَّت عليه إذا لُقيت غير مستجمعة للصفات المذكورة ؟

فعلى قولين مبنيين على أن ملكه هل زال عنها إذا سلمها ثم عاد ، وفيه قولان ذكرناهما في كتاب البيع في مسائل الصرف ، وكلُّ مقبوض عن جهة الديون إذا لم يكن على الصفات المستحقة ، فردَّ فهل نقول : زال الملك فيه وعاد ؟ فعلى القولين ، والشرط أن يكون بحيث لو رضي القابض به ، لاستمر ملكه فيه ؛ إذ لو لم يكن كذلك ، فلا بد في تصوير ملكه من عقد واعتياض إن كان الدين مما يصح الاعتياض عنه .

ومن المغالطات في السؤال أن يقول قائل : لو أقرض رجل جارية ، ثم استردها في عينها ، فهل عليه أن يستبرئها إذا لم يوجد من المستقرض وطء ، والجواب أن ذلك يجب .

فإن قيل : هلا خرجتم هذا على أن المستقرض متى يملك / ما استقرض ؟ قلنا : ٢٦٧ ي إقراض الجواري لا يصح إلا على قولنا : إن المستقرض ملك بنفس الاستقراض [القرض^(١)] .

ومن أحاط بالأصول السابقة ، كفته هذه المرامز ، فإن لم يقف عليها المنتهي إليها ، فليطلب أصولها من مواضعها .

(١) في الأصل : « والقرض » .

وقد نجز الكلام في هذا النوع ، وهو تفصيل ما يوجب الاستبراء .

٩٩٧٩- النوع الثاني - في بيان ما ينافي الاعتداد بالاستبراء ، فنقول : من ملك جارية ، وتم ملكه فيها على اللزوم ، وثبتت يده عليها ، فإذا كانت بحيث تحل له لولا الاستبراء ، فإذا مرت بها حيضة ، كانت استبراء .

ولو اشتراها على ما صورنا وكانت مجوسية ، فمرت بها حيضة ، ثم أسلمت ، فهل يقع الاعتداد بتلك الحيضة ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنها استبراء كافٍ بجريانها في الملك التام . والثاني - أنها ليست باستبراء ؛ فإن الاستبراء هو الذي يوجب تحريم المستبرأة ، ولم تكن الحيضة في حق المجوسية كذلك ؛ فإنها كانت محرمةً بدينها ، وقد ذكرنا أن الاستبراء بالإضافة إلى الحل بعده يضاهي الآجال في الديون ؛ من حيث إنها تحل بانقضائها ، وتتوجه الطلبة بها عند انتهائها ، والمجوسية محرمة ما دامت متمسكة بدينها ، وحالها بعد الحيضة كحالها في زمان مضيها .

٩٩٨٠- وطرده أصحابنا هذا الاختلاف على هذا النسق في تملك المرتدة ، ومضي الحيضة في زمن الردة .

وطردوه أيضاً في تملك المحرمة وانقضاء الحيضة في دوام الإحرام .

ومنشأ الخلاف في هذه المسائل من قيام التحريم بسبب غير الاستبراء .

ولا خلاف أن هذه المعاني لا تنافي انقضاء العدة ومضيها ، والفرق أن العدة تتعلق بشغل سابق أو حرمة متقدمة ، والاستبراء لا يتعلق بسابق ، وإنما يتعلق باستجلابٍ مطلوبٍ في الاستقبال .

ثم ذكر بعض الأصحاب في الردة إذا طرأت على الملك ، والإحرام إذا طرأ ثم زال خلافاً في أنه هل يجب الاستبراء ؟ وقد أشرنا إلى ذلك في النوع الأول من الفصل .

والذي اختاره المحققون أن طريان هذه الأشياء ثم زوالها لا يتضمن إيجاب الاستبراء ؛ فإنه لا يتحقق بزوالها تجدد ملك واستقلال ، وتجدد الحل لا يوجب استبراءً لتحل ، وإنما يثور من فرض هذه المعاني خلافاً في الاعتداد بالاستبراء معها ، كما ذكرناه .

ومما يتعين على الناظر في حقائق المذهب أن يميز الأصول ومشار الفروع منها ، إذا التفت في المضايق .

ولو اشترى الرجل جارية وبقيت في يد البائع حتى مرت عليها حيضة ، فالأصح أنها تقع استبراء .

وذكر الأصحاب وجهاً آخر مشهوراً في أنها لا تقع استبراء ، ووجهه بأن الملك غير مستقر عليها قبل القبض ، والعقد عرضة الانفساخ ، وإنما يقع الاعتداد بالاستبراء إذا جرى في ملك مستقر .

وهذا غير سديد مع الحكم بلزوم الملك / للمشتري . ٢٦٧ ش

٩٩٨١- ولو اشترى جارية على شرط الخيار وقبضها ، فمرت بها حيضة ، فإن قلنا : الملك في زمان الخيار للبائع ، فلا تقع الحيضة استبراء ، وإن قلنا : الملك في زمان الخيار للمشتري ، ففي الاعتداد بتلك الحيضة استبراء وجهان : أحدهما - أنها تقع استبراء لمصادفتها ملك المشتري . والثاني - لا تقع استبراء لضعف ملكه .

وهذا قريب من مأخذ الخلاف في الجارية قبل القبض ؛ فإن خطر لمرتب أن يجعل مسألة الخيار أولى بأن لا نعتد فيها بالحيضة ؛ من جهة جواز الملك ، لم يبعد ذلك ، على شرط أن نقول : لو تلفت الجارية في يد المشتري ، انفسخ البيع ، [فتستوي]^(١) المسألتان في التعرض للانفساخ ، وتختص مسألة الخيار بالجواز .

وإن قلنا : لا ينفسخ [البيع]^(٢) بالتلف في يد المشتري في زمان الخيار ، اعتدلت المسألتان ولم يلح [فرق به]^(٣) مبالاة .

وإن مرت الحيضة في زمان الخيار في يد البائع ، ففي وقوع الاستبراء خلاف مرتب لا يخفى إيضاحه ، وإن قبض المشتري الجارية ، وكان منفرداً بالخيار - والتفريع على أن الملك له - فيجب القطع بالاعتداد بالاستبراء ، فإن الملك لازم للمشتري بمعنى أن الغير لا ينقض عليه ، والخيار مزيد سلطنة له .

(١) مكان كلمة غير مقروءة في الأصل .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : برؤية مبالاة .

وإذا مرت الحيضة بالجارية الموهوبة في يد الواهب ، فلا اعتداد بها ؛ فإن الملك في الجارية للواهب قبل الإقباض ، وإن قلنا : إذا حصل الإقباض ، استند الملك تبيناً إلى الهبة ، فالوجه عندنا القطع بأن الحيضة لا يعتد بها .

وقد ينقذح على بُعد الاعتداد بها إذا جرت في الملك المتبين .

ومن أوصي له بجارية ونفذت الوصية وقبلها الموصي له ، فجرت الحيضة في يد الورثة قبل قبض الموصي له وبعد قبوله ، فالحيضة^(١) استبراء صحيح ؛ فإن الملك في الوصية لا يتوقف على القبض .

وحكى صاحب التقريب وجهاً بعيداً أن الحيضة لا تقع استبراء ، وبالع في تزييفه ، وليس هذا عندنا في رتبة الوجوه الضعيفة ، بل هو خطأ قطعاً من قائله . وقد نجز هذا النوع .

٩٩٨٢- النوع الثالث في بيان ما يحرم من المستبرأة في زمان الاستبراء

فنقول : جميع وجوه الاستمتاع محرمة في زمان الاستبراء ، وهذا يطرد في كل مستبرأة .

والمسبية محرمة الوطء في زمان الاستبراء ، وفي تحريم سائر وجوه الاستمتاع اختلاف مذكور في الطرق : من أصحابنا من طرد القولين بوجوب التحريم في جميع وجوه الاستمتاع ؛ قياساً للمسبية على المستبرآت جُمع ، وهذا قياس واضح .

ومنهم من لم يُحرّم من المسبية جميع وجوه الاستمتاع ، واعتلّ بأن سبب تحريم الاستمتاع من المستبرآت تجويز أن تكون أمّ ولد لغير المشتري ، ولو قدر ذلك ، لكانت محرمة على غير المستولد ، والحريّة المسبية لو تبين أنها حامل ، لكان الرق ي ٢٦٨ جارياً عليها وعلى حملها ، وإذا كانت الحرة تسبى ، فالمستولدة/ تسبى .

والاستبراء في المسبية في حكم التطهير لها ، حتى تنتفض عن ماء إن كان ، وهذا يوجب التخصيص بالوطء ، والذي يؤيد الكلام أن منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى بأمره في سبايا هوازن ، وقال : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل »

(١) في الأصل : والحيضة .

حتى تحيض » ، فاقضى النداء الاقتصار على تحريم الوطء ، وكانت السبايا مختلطات بالمسلمين ، ويغلب على الظن امتداد الأيدي إليهن ، فلما لم يحرم الرسول صلى الله عليه وسلم إلا الوطء ، مع الحال التي وصفناها ، اقتضى ذلك تخصيص الوطء بالحظر .

٩٩٨٣- ثم ينقدح عندنا في التفريع على هذا الوجه أمر بدع ، وهو تنزيل المسبية منزلة الحائض ، حتى يجوز الاستمتاع بما فوق السرة وما تحت الركبة ، وتردد المذهب في الاستمتاع بما دون الإزار مع توقّي الوطء ، ولو كان لا يجري هذا لحق الاستبراء يجرى لحق الحيض .

ثم إذا قلنا : الاستبراء بالحيض ، ولا يَحْرُمُ إلا الوطء ؛ [والاستمتاع^(١)] بما تحت الإزار ، فليست أرى لإيجاب الاستبراء معنى إلا إذا كانت حاملاً ، أو سُبِّت في بقية من الطهر ، أو قلنا الاستبراء بالطهر .

فأما إذا صادف السبي أول الحيضة ، وفرعنا على أن الاستبراء بالحيض ، فلا يكاد يظهر في حق السابي لوجوب الاستبراء معنى .

واتفق الأصحاب على طرد وجوب الاستبراء في الأبكار من الجواري ، وحكى صاحب التقريب في البكر المسبية وجهاً بعيداً أنه لا يجب استبراؤها ، وخصص هذا الوجه بالمسبية ، وهو مطّرحٌ مزيف لا اعتداد به .

ثم إذا جرينا على الأصح ، وحكمنا بأن الاستبراء بالحيض ، فإذا انقضت حيضة كاملة ، فتحريم الوطء يدوم عندنا بسبب الحيض إلى الاغتسال ، فلا تحل الحائض إذا طهرت ما لم تتطهر ، وسائر وجوه الاستمتاع إن كان التحريم منوطاً بالحيض حكمها حكم دوام الحيض .

وإذا حرّمنا وجوه الاستمتاع لأجل الاستبراء ، ثم انقضت الحيضة ، فالمذهب أن ما حرم لأجل الاستبراء يحل ، ولا يبقى التحريم إلا فيما يقتضي الحيض تحريمه .

وفي بعض التعاليق المعتمدة عن القاضي حكاية وجه بعيد منسوب إلى بعض الطرق

(١) في الأصل : « إذا الاستمتاع » .

المعتمدة أن تحريم وجوه الاستمتاع لأجل الاستبراء يدوم إلى الاغتسال ، وهذا ليس بشيء ، وقد بحثت عن الطرق ، فلم أجد لهذا الوجه ذكراً في شيء منها .

فَرَجٌ : ٩٩٨٤- إذا ملك جارية من ذوات الأقراء والتفريع على أن الاستبراء بالحيض ، فتباعدت حيضتها ، كان القول فيها كالقول في المعتدة إذا تباعدت حيضتها ، وقد مضى ذلك مفصلاً .

ولو قالت الجارية : قد حضت ، فللمولى تصديقها ، ولو أراد أن يحلفها لم يكن له ذلك ؛ فإن الأيمان إنما تجري في الخصومات ، ولا سبيل إلى الإجبار على اليمين ، ولو نكلت لم يتجدد بنكولها حكم ، فلا معنى لتحليفها .

ولو قالت : لم أحض ، وقال المولى : لقد حضت ، فالقول قولها ؛ فإنه لا اطلاع ش ٢٦٨ على الحيض إلا من جهتها/ ، فلو أراد السيد أن يحلفها ، فليست أرى لذلك وجهاً أيضاً ؛ فإنها لو نكلت لم يستمكن المولى من الحلف ، لما ذكرناه من أنه لا اطلاع على الحيض إلا من جهتها ، فإذا استحال الإجبار على اليمين ، والنكول لا يفيد أمراً ، فلا معنى للتحليف .

ولو قال المولى : قد أخبرني أنها حاضت ، فمثل هذه الواقعة لا ترتفع إلى مجلس الحكم ، فإن ارتفعت الأمة متحرّجة فيما زعمت ، وذكرت أن السيد يغشاها من غير استبراء ، وقال السيد ؛ قد استبرأتها ، فهذا مشكل عندي ، والأوجه تصديق السيد ؛ إذ لو لم يكن كذلك ، لحال الشرع بين المستبرأة وبين المولى ، [كما يحول]^(١) بين المعتدة وبين مَنْ منه العدة ؛ وهذا يبين أن الاستبراء بابٌ من التقوى ، وظّفه الشرع على المولى ، ولم يُثبت للأمة فيه خصاماً .

وفي المسألة احتمال .

وحقيقة القول في هذا ترجع إلى أن الجارية هل لها حق المخاصمة في ذلك أم لا ؟ وقد ذكر القاضي في مسألة تقترب من هذه تردداً ، وذكر أنه ذكره أصلاً ، ونحن نصف ما قاله رضي الله عنه :

(١) في الأصل : كما لا يحول بين المعتدة وبين مَنْ منه العدة .

إذا ورث الرجل جاريةً من أبيه أو ابنه ، وزعمت الجارية أن المتوفى كان أصابها في الحياة ، فللوارث ألا يصدقها ، والورع أن يجتنبها ، وقد ذكرنا هذا في مسائل أبي يوسف ، فلو أرادت الجارية أن تحلف الوارث ، فهل لها ذلك ؟

تردد القاضي فيه ، ثم بنى تردده على أصل ، وهو أن الأبرص إذا اشترى جارية ، فهل لها الامتناع عن تمكينه من الوطء ؟ فيه اختلاف . فإن قلنا : لها ذلك ، فقد أثبتنا لها طرفاً من الحق في الوطء ، إذا ساغ لها أن تتخير السليم عن المعيوب ، وتمتنع عن قربان المعيب ، فلا يبعد على ذلك أن يثبت لها [حق] ^(١) الخصام إذا كانت تعتقد خطراً .

وهذا المسلك يجرى حيث انتهى الكلام إليه في الاستبراء . والله أعلم .

فَيَجِزُ : ٩٩٨٥- إذا اشترى الرجل جارية حاملاً من نكاح ، فوضعت ، فإن كان النكاح قائماً ، أو كانت مطلقة ، فهذه مسألة الأم والإملاء ، وقد مضت على الاستقصاء .

وإن كانت حاملاً من الزنا ، فوضعت الحمل ، فالمذهب الظاهر أن الاستبراء يحصل بوضعها الحمل ، وإن كانت العدة لا تنقضي بوضع ولد الزنا ؛ وذلك أن العدة منسوبة إلى مَنْ منه العدة ، فليكن الولد منسوباً إليه ، وهذا المعنى لا يتحقق في الاستبراء ، فليقع الاكتفاء فيه بصورة وضع الحمل .

ومن أصحابنا من قال : لا يحصل الاستبراء بوضع الحمل من الزنا ؛ فإن الغالب على الاستبراء التعبد لا البراءة ، وولد الزنا لا حرمة له .

ولا خلاف أن المسبية إذا وضعت الحمل ، حلت للسابي ، ولا نبحث عن سبب علوقها تعلقاً بظاهر نداء المصطفى عليه الصلاة والسلام : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض » .

فَيَجِزُ : ٩٩٨٦- المستبرئ إذا وطئ المستبرأة لم يلتزم بوطنها إلا المأثم / ولم ٢٦٩ ي
ينقطع الاستبراء ، وليس كالعدة ، فإننا قد ذكرنا من مذهب بعض الأصحاب على

(١) في الأصل : من الخصام .

تفاصيل أوضحناها أن الانعزال شرط في الاعتداد بالعدة .

ثم إذا وطئ الجارية وهي في أثناء الحيضة ، فعلفت ، فإن كان مضى من الحيض يوم وليلة ، فالذي نراه أن الاستبراء تم ، وإن كان يغلب على الظن أن الحيض انقطع بسبب العلوق ؛ فإن الذي مضى حيض تام ، فلا نظر إلى السبب الذي أوجب انقطاعه ، وفائدة ما ذكرناه أنه يستحل وطأها في زمن الحمل ، وقد انقضى الاستبراء .

ولو لم يمض من الحيض يوم وليلة ، فوطئها ، فعلفت ، واحتبس الحيض بسبب العلوق فيما يظن ، فلا يعتد بما مضى من الدم ؛ فإنه أقل من الأقل ، والاستبراء إنما يقع بحيض تام .

ونقول في مثل هذه الصورة : لو كانت تركت الصلاة ، فهي مأمورة بإعادتها ، وإن كنا نظن أن سبب احتباس الحيض العلوق ؛ فإن هذه الأمور مظنونة ، ونظرنا إلى مقدار الدم ، وأسباب الاحتباس [مغيبة]^(١) لا تحيط العلوم بها ، فخرج من ذلك أن الاستبراء [فيها]^(٢) إذا وضعت هذا الحمل . والذي أراه أن وضع الحمل استبراء ؛ فإن هذا لا ينقض [عن]^(٣) حيضة ، والعلم عند الله .

٩٩٨٧- وقد جمعنا في الزوائد كلاماً لابن الحداد في الاستبراء ، وقد [فضضنا]^(٤)

جميعه على القواعد ، ولم يشذ منه إلا فرعان لا يتعلقان بالاستبراء :

أحدهما - أن من نكح أمة ثم اشتراها ، ووقع الحكم بانفساخ النكاح ، فمضت ستة أشهر من وقت الانفساخ ، وأتت الجارية بولد يمكن أن يكون العلوق به من النكاح ، فالولد يلحق السيد الذي كان زوجاً ، وإن لم يوجد منه إقرار بالوطء في ملك اليمين ؛ وذلك أن النسب يلحق بإمكان العلوق من النكاح ، والمملوكة لا تنحط عن البائنة ، ولو أبان الرجل زوجته ، فأتت بولد لزمانٍ يحتمل أن يكون العلوق به من النكاح ، للحق النسب لا محالة ، ثم إذا لحقه النسب ، لم تصر الجارية أم ولد له ؛ لأنه لم

(١) في الأصل : معيئة .

(٢) في الأصل : فيما .

(٣) في الأصل : من .

(٤) في الأصل : قصصنا .

يعترف بوطء في ملك اليمين ، ونحن إنما ألحقنا النسب لاحتمال كون العلوق في النكاح ، وهذا لا يثبت أمية الولد .

وحكى القفال وجهاً بعيداً أن الجارية تصير أم ولد ؛ لأنه لحقه منها ولد في ملك اليمين ، لزمان يحتمل أن يكون العلوق منه في ملك اليمين ، وهذا ضعيف لا أصل له .

٩٩٨٨- وإذا فرعنا على الأصح ، وهو أنها لا تصير أم ولد ، فلو أقر بوطء في ملك اليمين ، واحتمل أن يكون الولد منه ، واحتمل أن يكون من النكاح ، والتفريع على أن أمية الولد لا تثبت لو لم يقر بالوطء في ملك اليمين ، فهل تثبت أمية الولد إذا أقر بالوطء في الملك ؟

هذا فيه تردد عندنا ؛ من جهة أن ثبوت النسب ليس متوقفاً على الوطء في ملك اليمين ؛ إذ لو لم يقر بالوطء ، للحق أيضاً ، وأمياً الولد تبع الولد ، ويجوز أن يقال : تثبت أمية [الولد]^(١) ؛ فإن الإقرار بالوطء يثبت فراش ملك اليمين ، والفراش اللاحق [ينسخ]^(٢) حكم الفراش / السابق وإن شملهما الاحتمال .

٢٦٩ ش

ولذلك قلنا : إذا تزوجت المرأة وأتت بولدٍ لزمان يحتمل أن يكون من الثاني ، ويحتمل أن يكون من زوج قبله ، فالولد يلحق الثاني ، حتى لو نفاه الثاني باللعان ، لم يلحق الأول أيضاً ، [والأولى]^(٣) أن نقول : لا يقوى الافتراض بملك اليمين على فسخ أثر فراش النكاح ؛ من جهة أن الإمكان كافٍ في فراش النكاح ، ولا حاجة إلى الاعتراف بالوطء ، بخلاف ملك اليمين ، وأيضاً فالناكح والمالك واحد ، والتناسخ في حقه أبعد .

ولو نكح الرجل أمة ، ثم طلقها قبل المسيس ، فوطئها السيد ، فأتت بولدٍ لزمان يحتمل أن يكون من النكاح ، ويحتمل أن يكون من الوطء الجاري من السيد ، فهذا فيه احتمال عندنا : يجوز أن نلحقه بالسيد ، ويجوز أن نعتقه متردداً بين السيد وبين

(١) سقطت من الأصل .

(٢) في الأصل : يفسخ .

(٣) في الأصل : والأول .

الزوج ، وهذا لما أشرت إليه من تخلف ملك اليمين في النسب عن النكاح ، والله أعلم .

٩٩٨٩- والثاني^(١) الذي أجراه في أثناء الكلام فيما نظن أنا لم ننص عليه في مسائل العدد : أن الرجل إذا خال امرأته الممسوسة ، وجرت في العدة ، ثم جدد النكاح عليها ، فلو طلقها من غير مسيس ، فقد تمهد أنها تعود إلى بقية العدة^(٢) ، فلو جدد النكاح عليها ، ثم مات عنها ، فعليها عدة الوفاة ، وهل تكتفي بها أم يعتبر معها حصول بقية العدة التي كانت تعود إليها لو طلقت ؟

هذا يخرج على الخلاف في أن العدتين هل تتداخلان من شخص واحد إذا اختلفتا ، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك وصورناه في الحمل والأقراء ، وهذا الاختلاف محقق فيما به الاعتداد ، وفي الجهة التي عنها الاعتداد .

فإن قيل : كيف تجوزون على أحد الوجهين الاكتفاء بالأربعة الأشهر والعشر ، مع جواز أنها مشغولة الرحم بالوطء الأول في النكاح السابق ؟ قلنا : هذا كما لو وطئ الرجل زوجته ومات عنها ، فقد اكتفى الشرع بأربعة أشهر وعشر ، وإن كانت هي من ذوات الأقراء . والله أعلم وأحكم .

* * *

(١) الثاني من فرعي ابن الحداد المشار إليهما آنفاً بأنهما شذّا عن الإحاطة ، فلم يعرض لهما في أثناء الباب .

(٢) هذه الصورة نص عليها الإمام من قبل في باب عدة الإماء (انظر ص ٢٠٠ من هذا الجزء) أما ما رسم له الفرع ظناً منه أنه لم ينص عليه من قبل - وهو صادق في ظنه - فهو ما سيأتي بعد هذا في الصورة التالية ، أي إذا جدد النكاح ، ثم مات عنها ، فالتزمت عدة الوفاة . . . إلخ .

كتاب الرضاع

٩٩٩٠- حرمة الرضاع^(١) ثابتة بنص القرآن والسنة المتلقاة بقبول الأمة ، وهي من الأصول المجمع عليها ، قال الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَعَةِ ﴾ [النساء : ٢٣] . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »^(٢) ، ثم ذهب طائفة من ضعفة الفقهاء إلى أن أصول المحرمات مستفادة من نص الكتاب تنصيماً وتنبهاً ؛ فإنه تعالى نص على تحريم الأمهات ، والتحريم المضاف إلى الأصول شملها والفروع ، فكان ذلك ظاهراً من طريق النص والفحوى على تحريم الأصول والفروع ، ثم نص على تحريم الأخوات ، فدل على أن ما يقع على جانب الأصول والفصول / [يضاهي]^(٣) في الحرمة النسب . ٢٧٠ ي وهذا ليس مما يعتد به .

أما تحريم الأمهات والمرتضعين منهن ، فمنصوص عليه ، وكذلك تحريم الأخوات ، ومن زعم أن الكتاب مستقل بالدلالة على تعميم التحريم في قواعد الرضاع ، فليس على بصيرة في النظر في الصيغ وما يتلقى منها ، وإن كان ما ذكره هؤلاء إشارة إلى تمهيد طريق القياس ، فليس القياس من فوائد الألفاظ ، وليست الألفاظ مرشدة إليه ، ولا دالة عليه ، وإنما يتلقى العمل بالقياس من الإجماع ، كما تقرره الأصول .

(١) الرضاع : بفتح الراء وكسرهما ؛ ولذا لا نضببطها ، فكيفما قرأت صادفت صواباً .

(٢) حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، متفق عليه من حديث عائشة ، وابن عباس رضي الله عنهما (البخاري : الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم ، ح ٢٦٤٥ ، ٢٦٤٦ ، مسلم : الرضاع ، باب يحرم من الرضاعة من يحرم من الولادة ، ح ١٤٤٤ ، وباب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة ، ح ١٤٤٧) .

(٣) في الأصل : مضاهي .

على أنا لو رُددنا إلى القياس ، لم نتوسع فيه في أصول الرضاع ، فإن اقتضاء الرضاع الحرمة والمحرمية ليس مما [يستد] ^(١) فيه قياسٌ معنوي أو شبهي ، فلا وجه إلا القطع بأن الكتاب تضمن تبيين أصول من الرضاع ، ولم يجر تخصيصه إياها على صيغة تتضمن نفي ما عداها ، فمضمون الكتاب استفتاح الكلام في الرضاع ، واستتمامه متلقى من حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم ، إذ قال عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وهذا من جوامع الكلم ؛ فإنه شامل لقواعد حرمة الرضاع ، لا يغادر منها شيئاً ولا يتطرق إليه تأويل ، ولا مثوية ، ولا حاجة فيه إلى تمة بتصرف قانس .

٩٩٩١- ثم لما نظر الشافعي إلى مضمون الكتاب والنصّ الشامل الكامل المنقول عن المصطفى صلى الله عليه وسلم ، رأى أن يعقب هذا الترتيب بالتصريح بإثبات الحرمة في جانب الفحل ؛ فإن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » مستقل بإفادة التحريم في جميع القواعد .
والذي يكاد يُردّ عنه نظر الناظر الحرمة في جانب الفحل وانتشارها ؛ من جهة أن اللبن ينفصل عن الأم ، فذكر الشافعي على الاتصال بتمهيد القواعد لبن الفحل ، توطئة لأصل الكتاب ، ثم عقد في لبن الفحل باباً من بعد ، والحرمة تثبت في جانب الفحل ، وتنتشر على مذاهب جماهير العلماء .

والشاهد لذلك حديث خاصّ ناصّ يعضد موجب العموم من قوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وهو ما روي أن أفلح بن أبي القعيس ، وفي بعض الروايات أفلح أخا أبي القعيس استأذن على عائشة ، فاحتجبت منه فقال : تَحَجِّبِينَ مني ؟ أنا عمك ، فقالت : وكيف ذلك ؟ قال : أرضعتك زوجة أخي بلبان أخي ، فقالت عائشة : إنما أرضعتني المرأة لا الرجل ، ثم راجعت عائشة رسول الله فقال عليه السلام : « إنه عمك تربت يمينك ، فليج عليك » ^(٢) .

(١) في الأصل : يستمر . والمثبت تصرف من المحقق على ضوء المعهود من ألفاظ إمام الحرمين .
(٢) حديث ابن أبي القعيس متفق عليه (البخاري : النكاح ، باب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع ، ح ٥٢٣٩ . مسلم : الرضاع ، باب تحريم الرضاع من ماء الفحل ، ح ١٤٤٥) .

وسئل ابن عباس عن رجل له زوجتان أرضعت إحداهما غلاماً ، والأخرى جارية ، هل تحرم المناكحة بينهما ، فقال : « اللقاح واحد »^(١) وأراد رضي الله عنه بذلك انتساب ألبان الزوجتين إلى الزوج الواحد ، وذلك يقتضي الأخوة من جهة الأب .

ونقل نقلة المذاهب/ عن عبد الله بن عمرو ، وعبد الله بن الزبير ، وعائشة أنهم ٢٧٠ ش كانوا لا يثبتون الحرمة وانتشارها في جانب الفحل^(٢) ، ثم لم يصح الأئمة الخلاف عن عائشة لصحة الحديث المنقول عنها .

وذهب إلى نفي حرمة الفحل الأصم^(٣) [وعلقمة]^(٤) وإسماعيل بن عُلَيَّة^(٥) .

وهذا المذهب لا عمل به ولا صائر إليه ، والقول فيه يتصل بما ينعقد الإجماع فيه مسبقاً بالخلاف .

٩٩٩٢- ثم إن المزني أتى بقواعد الرضاع مبددة ، ونحن لا نؤثر مخالفة ترتيبه ،

(١) حديث ابن عباس رضي الله عنه ، رواه الشافعي (ترتيب المسند ٢/ ٢٤ ح ٧٣) والترمذي : الرضاع ، باب ما جاء في لبن الفحل ، ح ١١٤٩ وانظر التلخيص : ٩/٤ .

(٢) مذهب عبد الله بن عمرو ، وعبد الله بن الزبير ، وعائشة رضي الله عنهم في لبن الفحل ، انظر الروايات عنهم في سنن سعيد بن منصور : ٢٣٧/١ وما بعدها ، السنن الكبرى للبيهقي : ٤٥١/٧ وما بعدها ، تلخيص الحبير : ١٠/٤ .

(٣) الأصم ، أبو العباس محمد بن يعقوب النيسابوري ، الوراق ، المعروف بالأصم . ولد سنة ٢٤٧هـ . أخذ عن الربيع ، وروى عنه كتب الشافعي . كان محدث وقته بلا مدافعة ، وعرف بالأصم لإصابته بالصمم في شبابه . توفي سنة ٣٤٦هـ . (ر . طبقات الإسنوي : ٧٦/١ ، طبقات ابن قاضي شعبة : ١٣٣/١ ، العقد المذهب : ٥٠ ، تذكرة الحفاظ : ٨٦٠/٣ ، سير أعلام النبلاء : ٤٥٢/١٥) .

(٤) في الأصل : عُلَيَّة . والتصويب من صفوة المذهب .

وعلقمة هو أبو شبل علقمة بن قيس بن عبد الله النخعي الكوفي ، التابعي الكبير الجليل والفقيه البار ، أكبر أصحاب ابن مسعود رضي الله عنه . كان طلبته يسألونه ويتفقهون به والصحابة متوافرون ، توفي سنة ٦٢هـ . (ر . طبقات الشيرازي : ٧٩ ، تهذيب الأسماء واللغات : ٣٤٢/١ ، سير أعلام النبلاء : ٥٣/٤) .

(٥) إسماعيل بن عُلَيَّة . الإمام أبو بشر إسماعيل بن إبراهيم بن شهم الأسدي مولا هم ، البصري ، وعُلَيَّة أمه . مذكور في مختصر المزني في نكاح المشرک والأضحية . توفي سنة ٩٤هـ وقيل ٩٣هـ . (ر . تهذيب الأسماء واللغات : ١٢٠/١ ، ١٢١ ، سير أعلام النبلاء : ١٠٧/٩) .

ولا نرى الانحذار عن صَدْر الكتاب من غير تقعيد وتمهيد ، يَطَّلِع به الناظرُ على معظم المقاصد .

وترتيبُ الشافعي أولى متبع ، وقد تشوّف إلى استيعاب التمهيد ؛ إذ ذكر أصول الحرمات ، وتعرض للبن الفحل ، فنقول : لحرمة الرضاع أصول وفروع ، فالأصول ثلاثة أشخاص : المرأة المرضعة ، والصبي المرتضع ، والرجل الذي [أدرّ لبناً]^(١) المرأة على الولد المنتسب إليه ، وهو المسمى الفحل في هذا الكتاب ، والمرتضع بحكم الرضاع ولدٌ ، والمرضعة أمٌ ، والرجل الذي وصفناه أبٌ ، فهؤلاء أصول الحرمات .

ثم الحرمات لا تقتصر على الأصول ، بل تنتشر منها ، وقد يتمحض الانتشارُ في جهة الرضاع ، وقد يُمزج النسبُ بها ، فليعتقد الفقيه أن المرتضعَ في منزلة الولد في الحرمة والمحرمية ، ثم تنتظم الحرمةُ بينه وبين من تعتري الأم إليه على حسب انتظامها بين الولد وبين المنتسبين إلى أم الولادة ، فيحرم المرتضعُ على أمهات المرضعة ، وآبائها ، وأخواتها ، وأخواتهم ؛ فإنهم يقعون منه على مراتب الأخوال والخالات .

ولا تثبت الحرمة بين المرتضع وبين بني إخوة المرضعة وبني إخوتهم ، فإنهم يقعون من المرتضع في مرتبة بني الأخوال ، وأولاد الخالات ، وهم لا يحرمون في النسب .

وحرمة الرضاع في انتشارها لا تُبرّر^(٢) على جهة النسب . وهذا النسق بين المرتضع وبين أب الرضاع ، والمنتسبين إلى أب الرضاع ، أو المتصلين به بجهة الرضاعة على حسب ما ذكرناه في المرضعة .

هذا بيان أصل الانتشار من المرضعة ، وأب الرضاع .

٩٩٩٣- وأما انتشار الحرمة من جانب المرتضع ، فكل من يحرم المرتضعُ عليه ، فيحرم أولادهُ عليه ، وإن تسفلوا .

(١) في الأصل : كدر أن المرأة . وهو تصحيف بشع لا وجه له .

(٢) لا تُبرّر : لا تزيد .

ولا انتشار للحرمة في جانبه إلا إلى أولاده ، فلو كان للمرتضع أخ من نسب أو رضاع ، فإنه لا يحرم على المرضعة .

فإن قيل : أَلستم ادّعيتُم استقلال قول المصطفى صلى الله عليه وسلم في الشمول والترقي عن التأويل ؛ إذ قال عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ؟ قلنا : أجل هو كذلك ؛ فإن قيل : أخ الابن وأخته يحرمان على الأب إذا كان الابن المسؤول عنه نسبياً ؟ قلنا : ليس هذا من تحريم النسب ، ولكن الرجل إذا كان له ابن نسيب ، فأخوه ابنه أو ربيبه ، فيتأتى التحريم من الصهر ، وليس من ضرورة بنوة الرضاع اتصال صهر بها/ ، ومقتضى قول الرسول صلى الله عليه وسلم أن ما يحرمه ٢٧١ ي النسب يحرمه الرضاع ، وهذا مستمر لا قصور فيه ولا استثناء فيه .

٩٩٩٤- وإن بسطنا القول في انتشار الحرمة ، عُدنا وقلنا : المرضعة أم ، وأبوها جد ، وأمها جدة ، وأخوها خال ، وأختها خالة ، وأولادها إخوة ، وأعمامها وأخوالها وعماتها وخالاتها كالأعمام [والعمات]^(١) والأخوال والخالات الأذنين ، وعلى هذا الوجه تنتظم حرمة النسب .

وهذا القول بعينه يجري في أب الرضاع ، وأولاد المرتضع ، وأحفاده ، وإن تسفلوا بمثابة الأولاد ، وإخوته وأخواته لا يحرمون ؛ فإن النسب لا يحرمهم أيضاً ، وأبوه لا يحرم ، فإن أب الابن زوج الأم .

وقال قائلون : انتشار حرمة الرضاعة كانتشار حرمة النسب إلا أن أخت الابن النسيب محرمة ، لأنها بنت الأب إن كانت أختاً من الأب ، أو بنت أم الابن ، فتقع ربيبة للأب ، وأخت المرتضع لا تحرم على أب الرضاع ؛ لأنه لا يلزم أن تكون مرتضعة أيضاً ، ولا يلزم أن تكون ربيبة ، وأم أم ابن النسيب محرمة ؛ لأنها صهره ، وأم أم المرتضع لا تحرم ؛ لأنه لا يلزم أن تكون صهره ، فلا استثناء إذاً إلا من جهة الصهر ، كما ذكرناه .

٩٩٩٥- وإذا وضع الغرض على البسط ، فنجمع قولاً وجيزاً يحوي القواعد ،

(١) سقطت من الأصل .

ولا يشدُّ منه في أصل الحرمة أصلٌ ، فنقول : الأصول ثلاثة كما ذكرنا : الأب ، والأم ، والمرتضع ، ثم كل من يحرم على الأب من النسب والرضاع ، فهو محرم على المرتضع إلا بني الإخوة والأخوات ؛ فإنهم محرمون عليه ، وهم يقعون من المرتضع أولاد الأعمام والعمات .

ونقول في المرضعة هي محرمة لأئمة الرضاع ، وكل من يحرم عليها بنسب أو رضاع ، فهو محرم على المرتضع إلا بني إختوتها وأخواتها ، كما ذكرناه في الأب ؛ فإنهم يقعون من المرتضع أولاد الأخوال والخالات .

وأما المرتضع في نفسه ، فيحرم أولادُه من النسب والرضاع ، كما يحرم هو ، ولا يحرم إلا أولادُه وأحفاده .
فهذا هو الضابط الجامع .

٩٩٩٦- ومما يوصى الطالب به ألا يُغفل التفاف الرضاع بالنسب ، ويجري الكلام مجرى واحداً ، ونحن نضرب في ذلك مثلاً ، فنقول : [أمك]^(١) من الرضاع كل أنثى أرضعتك ، أو أرضعت من أرضعتك ، أو أرضعت من أرضعتك - يعني الفحل - أو ولدت من أرضعتك ، أو ولدت من أرضعتك ، أو أرضعت من ولدتك ، أو أرضعت من ولدك وليعتبر الناظر التفاف الرضاع والنسب بهذه المرتبة .
ولا مزيد على ما ذكرناه نحن في عقد الجمل .

٩٩٩٧- ولما ذكر صاحب التلخيص تشبيه الرضاع بالنسب ، وأراد الاستثناء - فإن مجموعه مقصور على الاستثناء - استثنى ما لا حاجة إليه ، وقال : الرضاع كالنسب إلا في الميراث ، والولاية ، وأخذ يعدد ما لا حاجة إليه .

والقول الكامل فيه أن الرضاع لا يضاهي النسب إلا في الحرمة والمحرمية ، قال ش ٢٧١ الأئمة : الأمهاتُ ثلاث : أم النسب ، وهي ذات / محرمية رحم ، ويجتمع فيها الحرمة والمحرمية ، وأم الرضاع ، ولها المحرمية والحرمة ، والأم الثالثة هي التي خلفت رسول الله بالزوجة قال الله تعالى : ﴿ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ ﴾ [الأحزاب : ٦] . وكان أمر الحرمة

(١) في الأصل : أمكن .

على الأبد ، ولا محرمية ، وقد انعقد ما أردنا عقده ، ونعود بعده إلى ترتيب (السواد) .

فَصْلٌ

قال : « والرضاع اسم جامع يقع على المصّة والمصتين . . . إلى آخره »^(١) .

٩٩٩٨- أبان الشافعي رضي الله عنه أن اسم الرضاع ينطلق على المصّة والمصتين فصاعداً ، وهو اسم جنس يجمع الواحد والجمع ، وأراد بذلك أنه لو لم يرد في صحيح الأخبار ما يدلّ على اشتراط العدد في الرضعات ، لأثبتنا الحرمة باسم الرضاع ، ولكن صح أن حرمة الرضاع لا تحصل إلا برضعات ، وأبو حنيفة^(٢) لم يرع العدد وأثبت الحرمة بما ينطلق عليه اسم الرضاع .

والأخبار الواردة في العدد كثيرة ، منها ما رواه ابن الزبير عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا تحرّم المصّة ولا المصتان ، ولا الرضعة ، ولا الرضعتان »^(٣) وروت أم الفضل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تحرّم الإملاجة ، ولا الإملاجتان »^(٤) فثبت أصل العدد ، ثم رأى الشافعي أن حرمة الرضاع لا تحصل إلا بخمس رضعات ، واعتمد في ذلك حديث عائشة^(٥) ، وهو مشهور مدون في الصحاح .

(١) ر . المختصر : ٤٩/٥ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣١٤/٢ مسألة ٨١١ ، مختصر الطحاوي ٢٢٢ .

(٣) حديث ابن الزبير : « لا تحرّم المصّة ولا المصتان » رواه أحمد والنسائي وابن حبان والترمذي ، وقال : الصحيح عند أهل الحديث من رواية ابن الزبير عن عائشة (ر . المسند : ٩٦/٦ ، ٢٤٧ ، النسائي : النكاح ، باب القدر الذي يحرم من الرضاعة ، وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك عن عائشة ، ح ٥٤٥٦ ، ٥٤٥٧ . الترمذي : النكاح ، باب ما جاء لا تحرّم المصّة ولا المصتان ، ح ١١٥٠ ، ابن حبان : ٢١٤/٦ . التلخيص : ٩/٤ ح ١٨٤٠) .

(٤) حديث أم الفضل : « لا تحرّم الإملاجة ولا الإملاجتان » . رواه مسلم : الرضاع ، باب في المصّة والمصتان ح ١٤٥١ ، وانظر التلخيص ٩/٤ ح ١٨٤٠ .

(٥) حديث عائشة : « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يُحرّمُن ، ثم نُسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي فيما يُقرأ من القرآن » والحديث رواه مسلم : الرضاع ، باب التحريم بخمس رضعات ، ح ١٤٥٢ ، وأبو داود : النكاح ، باب هل =

وذهب ابن أبي ليلى وداود^(١) ، وغيرهما إلى أن حرمة الرضاع تثبت بثلاث رضعات ، واعتمدوا في ذلك حديث ابن الزبير وأمّ الفضل ، قال المزني : أسمع ابن الزبير رسول الله ؟ فقال رضي الله عنه : سمعه وهو ابن تسع ، وقال أئمة الحديث مات رسول الله وهو ابن تسع ، فلعل الشافعيّ أراد آخر ما سمعه في آخر العهد ، ولا شك أنه ولد بعد الهجرة بسنة ، فإنه لما قدم رسول الله عليه المدينة مهاجراً زعمت اليهود أنهم سَحَرُوا المسلمين ؛ فلا يولد لهم ذكر ، وانقضت سنة ، ولم يولد للمسلمين ذكر ، وأول مولود من الغلمان ابنُ الزبير ، بعد انقضاء سنة ، ولما وُلد ، كَبَّرَ المسلمون .

وقيل : كَبَّرَ أصحاب الحجاج يوم صلب ابن الزبير ، فقالت أسماء أم ابن الزبير ذات النطاقين : المكبرون عليك يوم ولدت خير من المكبرين عليك يوم قتلت .
فقد اعتمد قوم حديث ابن الزبير في نفي الحرمة عن المصّة والمصتين ، وبَنَوْا إثبات الحرمة على المفهوم ، فإن التخصيص بالأقدار [يقضي]^(٢) مخالفة الحكم للمقدّر المنصوص عليه .

٩٩٩٩- واعتمد الشافعي الحديث الناص على الخمس ، قالت عائشة : « أنزلت عشرُ رضعات يحرمُ من فَنَسَخَنَ بخمسٍ ، فمات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا مما يتلى من القرآن » .

وهذا قد يعترض فيه إشكال ، فإن الحديث ، وإن كان مدوّناً في كل صحيح ، فمضمونه أن الرضعات الخمس كانت ضمن آية تتلى من القرآن ، ونحن لا نراها بين الدفتين ، فلعلها أرادت أنها كانت تتلى حُكماً . والقول في ذلك يطول ، وليس من ي ٢٧٢ الحزم الزيادة على المعنى / المطلوب في كل فنّ .

وحمل الشافعي حديث المصّة والمصتين على جواب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سؤال مخصوص ، وواقعة سئل فيها عن المصتين ، فخرج جوابه على وَفْق

= يحرم مادون خمس رضعات ، ح ٢٠٦٢ ، والترمذي : الرضاع ، باب ماجاء لا تحرم المصّة ولا المصتان ، ح ١١٥٠ ، ومالك في الموطأ ٦٠٨/٢ .

(١) ر . المحلى : ١٠/١٠ .

(٢) في الأصل : يفضي .

السؤال ، وهذا [يعضده] ^(١) ما روي عن صعصعة بن صُوحان أنه قال : [سئل] ^(٢) رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتحرّم الرضعة والرضعتان ؟ فقال عليه السلام : « لا تحرم الرضعة والرضعتان » ^(٣) . وصح من مذهب عائشة اعتبارُ خمسِ رضعات ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث سالم : « أرضعيه خمساً يحرم عليك » ، كما سنصفه بعد هذا إن شاء الله . فهذا القدر كافٍ في تأسيس المذهب .

وموضع استقصائه مسائل الخلاف .

١٠٠٠٠- وأول ما نبتديه بعد ذلك أن الرجوع في أعداد الرضعات إلى حكم العرف ، ولا نظر فيه إلى مقدار اللبن يقل أو يكثر ، والمعتبر في ذلك من طريق التمثيل الأكلات في موجب البرّ والحِث في الأيمان ، والرجل إذا تعاطى لقمة واحدة وأكلها ، ثم انكف ، فالذي صدر منه أكلة ، ولو نُصبت المائدة بين يديه والألوان تختلف وتأتي على الولاء المعتاد في الأكلة الواحدة ، فهذا وإن كثر أكلةً واحدة ، كذلك المصّة الواحدة إذا تحقق وصول شيء من اللبن بها إلى الجوف ، ثم فرض الاقتصار عليها رضعةً واحدةً .

ولو التقم الصبي الثدي واستكثر من الارتضاع ، وتطاول الزمن على التواصل المعتاد ، فهو رضعة واحدة ، ولو كان الصبي في أثناء الارتضاع يلفظ الثدي ، ويلهو ثم يعود في زمنٍ لا يقطع اعتبارَ التواصل ، فكل ما يجري رضعة ، ولو استنفد ما في أحد الثديين ، فنقلته المرضع إلى الثدي الآخر ، فهذا ليس رضعة جديدة ، بل [كل] ^(٤) ما يعد نوبة في الإرضاع ، فهو رضعة .

والقول في ذلك ظاهر غير مُحوجٍ إلى طلب مسلك في التقريب يُعتاد ؛ فإن العادة بيّنة فيما يعد نوبة من الرضاع ، وإنما تنقطع النوبة بزمان يتخلل قاطعٍ للتواصل ، وقد

(١) في الأصل : يعضد .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) حديث صعصعة بن صوحان رواه مسلم من حديث أم الفضل رضي الله عنها (الرضاع باب في المصّة والمصتان ، ح ١٤٥١) .

(٤) في الأصل : كان .

يؤثر عندنا في ذلك المقصود ؛ فإن الأم إذا أرضعت وانصرفت ، فلم يطل الزمان فاستعبر الصبي أو نابه ما يقتضي تسكينه ، فلو عادت إليه وأرضعته ، فهذا يعد رضة ثانية ، وإن كانت لو أدامت الإكباب على الإرضاع ، لكان لا يبعد تخلل مثل هذا الزمان مع العود إلى الرضعة الأولى ، وهذا لا ينكره من [يهتم]^(١) بدرك المعارف^(٢) .

ويتخلل في الأكلة من الزمان ما لا يعتد به ، فلو قام الرجل مضرباً ، ثم عاد لأمر اقتضى العودَ وافتتح الأكل ، عُدَّ أكلة واحدة ، فالرجوع إذاً إلى المعارف ؛ فإن بانت في الاتحاد والتعدد ، جرى الحكم بحسبها .

وإن تردد الرأي بين اتحاد الرضعة وتعددتها ، تردّد إشكال ، لا تردّد اجتهاد ، فالأصل الاتحاد ، وعدم وقوع الحرمة المنوطة بالعدد ، وإن تقابل اجتهادان في اقتضاء الاتحاد والتعدد ، ثار الخلاف ، وهذا جارٍ في كل ما يتلقى من العرف .

١٠٠٠١- وقد قال العراقيون حكايةً : من أصحابنا من قال : إن الرضاع إنما ينقطع

ش ٢٧٢ ويتعدد/ بإضراب الصبي ، فلو لم يُضرب وقامت المرأة ، ثم عادت وتكرر ذلك مراراً ، فالكل رضة .

وهذا قول سخيّف ؛ فإن مأخذ الكلام في التعدد والاتحاد الاسم ، وهو متلقى من العرف ، فإذا قامت المرأة ، وتخلل زمانٌ قاطع ، ثم عادت ، عُدَّ ذلك رضعتين ، فلا معنى للنظر إلى إضراب الصبي ، والذي ذكروه [على بعده]^(٣) إذا دام تشوّف الصبي إلى الرضاع في الزمان المتقطع ، فأما إذا انقطع تشوفه ، فهذا ملتحق بإضرابه . والأصل على الجملة فاسد .

١٠٠٠٢- ومما يتصل بالعدد في الرضاع ما نصفه ، فنقول : تعدد الارتضاع من

الثدي على ما وصفناه ، وأما إذا احتلب اللبن من الثدي ، فتناوله الصبي من الظرف ، فتفصيل ذلك أنه لو احتلب منها بدفعة ووصل المحتلب إلى جوف الصبي بدفعة ، فذلك

(١) في الأصل : من يهتم .

(٢) المعارف : المراد هنا الأعراف ، جمع عُرف .

(٣) في الأصل : على بعد منه .

رضعة ، والمعني بالدُّفعة ما وصفناه في الرضعة ، فلو كان اللبن المجتمع يوجد على تواصل في الانصباب ، فهو دُفعة واحدة ، وإن كان يتأتى الاتحاد شيئاً شيئاً ، فهو دُفعة ، فنعتبر في اتحاد الدُّفعة ما نعتبره في اتحاد الأكلة والشَّرْبَة .

ولو احتلب من المرأة بدُّفعة وأوصل اللبن المجموع بدُّفعات خمس ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن الرضعات متعددة ، نظراً إلى تقطع الوصول وتخلل التواصل ، وهذا بمثابة [ما]^(١) لو فرض هذا التعدد في الارتضاع من الثدي . والقول الثاني - أن الرضعة واحدة ؛ فإن اللبن المجموع في الظرف في حكم الشيء الواحد ، والنظر إليه ، ولا حكم لتعدد تعاطيه وتناوله ، وليس ذلك كالارتضاع من الثدي يتجدد حالاً على حال ، والأفقه القول الأول .

ولو احتلب اللبن من الثدي بخمس دفعات ، على ما وصفنا التعدد ، وجمع المحلوب في كل دُفعة في ظرف ، ثم أوصلت الألبان بدُّفعات على أعداد الظروف إلى الصبي ، فهذه رضعات ؛ فإن التعدد متحقق من الجانبين ولم تختلط الألبان فتعد شيئاً واحداً ، فيجب القطع بالتعدد .

ولو احتلب اللبن بخمس دُفعات ، وجمعت الدُّفع في ظرف واحد ، فاختلطت ، ثم أوصلت إلى الصبي في خمس دُفعات ، ففي هذه الصورة طريقان : من أصحابنا من قطع بحصول العدد ؛ لتحقيق التعدد في الاختلاط والإيصال إلى جوف الصبي ، وليس كما لو احتلب دُفعة ، فأوصل بدُّفعات ؛ فإن التعدد وجد في أحد الجانبين دون الثاني . ومن أصحابنا من أجرى القولين في هذه الصورة ؛ نظراً إلى اتحاد اللبن المجموع في الظرف ، وإذا اتحد وكان لا يتجدد شيئاً شيئاً ، فهو في حكم الشيء الواحد ، فالاعتبار باتحاده في نفسه دون تعدد الحلب .

١٠٠٠٣- فانتظم من مجموع ما ذكرناه أنه إذا اجتمع ثلاث خلال : التعدد في الحلب ، وتمييز المحلوبات ، والتعدد في التعاطي ، قطعنا بثبوت التعدد في الرضعات .

(١) في الأصل : بمثابة لو فرض .

وإن تحقق الاتحاد في هذه الجهات ، قطعنا باتحاد الرضعة .

وإن اتحد الحلب ، وتعدد التعاطي ، فقولان ، وإن تعدد الحلب وتعدد التعاطي ي ٢٧٣ واتحد اللبن المجموع في الظرف ، فطريقان ، وإن تعدد/ الحلب واتحد التعاطي ، فالقطع بالاتحاد لا غير .

وحكى العراقيون في هذه الصورة وجهاً بعيداً في أن حكم التعدد يثبت إذا تعدد الاختلاف . وهذا أخرناه حتى لا يُعتدَّ به ، وعلى الفقيه ألا يغفل فيما أطلقناه من التعدد عن حقيقة التعدد ؛ فإن من احتلب مقداراً ولها قليلاً ، ثم استتم ، فهذه حلبة واحدة ، وكذلك القول في التعاطي .

فَقِيحٌ : ١٠٠٠٤- إذا كان للرجل امرأتان ، فأرضعتا مولوداً ، وتوالى الإرضاع منهما ، بحيث لو فرض ذلك من امرأة واحدة ، لكان رضعة واحدة ، فالمذهب أن ما صدر منهما رضعتان ؛ لتعدد المرضع ، وهو بمثابة تعدد المرتضع .

وذكر العراقيون وجهاً مزيفاً في أنه لا يثبت حكمُ التعدد مع تواصل الزمان في الإرضاع ، ثم قالوا : إذا لم يثبت حكمُ التعدد ، لم يثبت الرضاع أصلاً ؛ فإن الرضعة الواحدة لا يمكن انقسامها ، لتتنسب كل واحدة إلى بعض مرضعة ، فالوجه إحباط الرضعة بالكلية ، حتى لو صدر منهما ذلك على هذه الصفة مراراً ، لم تحصل حرمة الرضاع .

وهذا عندنا في حكم العبث والتلاعب بالفقه وقد نعود إلى طرف من ذلك في مسائل تأتي بعد هذا .

فَصْلٌ

١٠٠٠٥- لما ذكر الشافعي أن الرضاع اسمٌ جامع ، وأبان أنا لو خُلينا والإطلاق فيه ، لاستوى فيه القليل والكثير ، والواحد والعدد ، ولكن ثبت اعتبار العدد بالأخبار .

قال : وكذلك إطلاق الرضاع لا يختص بزمانٍ ، ولكن ورد التعبد باختصاص أثره

بمدة الرضاع ، [وتبين لنا أن إرضاع الكبير]^(١) لا يؤثر ، ولا يحرم .

وقد روي أن سهلة بنت سهيل ، قالت : كنا نرى سالماً ولداً ؛ وكان يدخل علينا وإنا فُضِّلُ فراجعت رسول الله في أمره ، فقال عليه السلام « أرضعيه خمسَ رضعات »^(٢) ففعلت ، وكانت تراه ابناً من الرضاعة ، فأخذت بذلك عائشة فيمن أحببت أن يدخل عليها من الرجال ، وكانت ترى إرضاعَ الكبير مثبتاً للحرمة في حق الناس كافة ؛ تعلقاً بحديث سهلة وسالم ، وأبى سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحدٌ من الناس ، وقلن : ما نرى الذي أمر به رسول الله إلا رخصةً في سالم وحده .

وروى الشافعي أن أم سلمة قالت في الحديث : هو لسالم خاصة ، وفي هذا الأصل تصرفٌ للشافعي رمز إليه المزني ، ولم يستقصه ؛ وذلك أن خطاب الرسول عليه السلام إذا اختص بمختص في حكاية حال ، فحكم الصيغة اختصاصُ الحكم بالمخاطب ، وإذا قضينا بأن الناس في الشرع شرعٌ ، حكمنا بأن حكمه على معين حكمٌ على الناس كافة ، فهذا متلقى من دأب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الإجماع ، ومستند اعتقادهم في هذا ما كانوا يشاهدون من قرائن الأحوال في قصد رسول الله التعميم .

فإذا اضطرب رأيهم في قصد التخصيص ، واللفظ في نفسه مُختص بالمخاطب ، لم يجز تعميمُ الحكم ؛ سيما إذا اعتضد خلافه بما يستقل دليلاً ، وقد قال عز من قائل : ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] فأثبت تمامَ الرضاعة في الحولين ، فاقتضى / ٢٧٣ ش مفهومُ الخطاب أن ما بعدهما ليس في حكم الرضاعة ؛ إذ ليس بعد التمام أمر معتبرٌ منتظر ، ولا يمكن حمل هذا على اعتياد الناس ؛ فإنهم على أنحاء مختلفة .

ورأيت في بعض المجموعات حديثاً رواه صاحب الكتاب بإسناده عن سفيان بن

(١) في الأصل : وتبين لها أن الرضاع الكبير .

(٢) حديث سهلة بنت سهيل : « كنا نرى سالماً ولداً . . » الحديث . رواه الشيخان (البخاري : النكاح ، باب الأكفاء في الدين ، ح ٥٠٨٨ . مسلم : الرضاع ، باب رضاعة الكبير ، ح ١٤٥٣) .

عينة ، عن عمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا رضاع إلا في الحولين »^(١) فتبين انحصار أثر الرضاع في الحولين واختصاص سالم بما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة .

١٠٠٠٦- ولو جرت رضعات فوقع الشك في أنها هل بلغت خمساً أم لا ؟ فالحرمة لا تثبت ؛ فإن الأصل الحل ، وانتفاء الحرمة ، وسيأتي هذا من بعد .

ولو جرت الرضعات الخمس ، وأشكل الأمر ، فلم ندر أنها وقعت في الحولين ، أو بعدهما ، أو واحدة منها بعدهما ، فهذا يقرب من تقابل الأصلين ؛ فإن الرضاع قد قامت صورته وعدده ، والأصل بقاء المدة ، وهذا يعارضه أن الأصل الحل وعدم الحرمة ، فأشبهه ما لو شك الماسح في انقضاء المدة ، فالأمر محمول على انقضائها ردّاً إلى إيجاب غسل الرجلين ، كذلك الأصل الحل .

ولعلنا نأتي بمسائل في الشكوك المتعلقة بأبواب الرضاع .

فصل في

قال : « والوجور كالرضاع . . . إلى آخره »^(٢) .

١٠٠٠٧- مقصود الفصل بيان المحل المعتبر الذي يشترط وصول اللبن إليه ، فنقول أولاً : ما لا يُفطر الصائم لا يتعلق به حرمة الرضاع ، وقد مضى ذلك في كتاب الصوم مستقصى ، وما يُفطر الصائم من الواصلات إلى الجوف ينقسم : فمنه ما يصل إلى محل التغذية كالمعدة ، ومنه ما لا يصل إلى محل التغذية ، وإن كان باطناً يتعلق بالوصول إليه الفطر .

(١) حديث : « لا رضاع إلا في الحولين » روي عن ابن عباس مرفوعاً ، الدارقطني (١٧٤ / ٤) ، والبيهقي في الكبرى (٤٦٢ / ٧) ، وقد صححه موقوفاً . ورواه مالك في الموطأ موقوفاً (٤٦٢ / ٢) ، وانظر التلخيص : (٨ / ٤ ح ١٨٣٨)

هذا . وهو عند الدارقطني بالسند نفسه الذي أورده الإمام مما يدل على أنه يقصد (ببعض المجموعات) سنن الدارقطني .

(٢) ر . المختصر : ٥٣ / ٥ .

فأما ما يصل إلى محل التغذية ، فيتعلق حرمة الرضاع به .

وما يصل إلى الباطن ، ومثله يفطر ، وليس محل التغذية ، ففي تعلق حرمة الرضاع به قولان ، كالحقنة ؛ فإنها مفطرة ، وإذا حقن الصبي [اللبن]^(١) ، ففي حصول حرمة الرضاع قولان : أحدهما - أنها تحصل اعتباراً بالفطر ، وأيضاً فالتداوي من الأغراض المقصودة كالتغذي ، ولو قيل : الأغذية في معنى الأدوية ، والمقصود من استعمالها ردُّ الطبيعة المائلة بسورة^(٢) الجوع إلى الاعتدال ، لكان سديداً .

ومن راعى مكان التغذية ومَظِنَّتها ، تشوّف إلى معنى كلي مقصود بقول^(٣) المصطفى صلى الله عليه وسلم فإن الأنساب امتشجت من وشائج الخلق وأطوار النطف ، والألبان تؤثر في البنية قريباً من تأثير مواد الزرع ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم »^(٤) .

١٠٠٠٨- وأما السعوط ، وهو إيصال اللبن إلى الدماغ ، فلاصحابنا فيه طريقتان : منهم من أجرى فيه قولي الحقنة مَصيراً إلى أن الدماغ ليس فيه قوة عادية ، وإنما يستعمل السعوط تداوياً كالاختقان ، ومنهم من قطع بأن السعوط يُثبت الحرمة قولاً واحداً ، وإليه ميل الأكثرين .

وهؤلاء اعتقدوا إفشاء السعوط إلى التغذية ، وهو لعمرنا كذلك ؛ لأن الرأس ٢٧٤ يشارك فم المعدة ، وبينهما عِرْقَان لا ينتهي شيء إلى فم المعدة إلا ترقى جزء منه إلى الدماغ ، ولا ينتهي إلى الدماغ شيء إلا انحدر منه جزء إلى المعدة ، ولهذا يتقوى الضعيف بالطيب الذي يصل إلى دماغه ؛ فإنه يردُّ جزءاً منه وإن قل إلى المعدة .

وإذا وصل اللبن إلى مثانة الصبي ، فهو بمعنى الحقنة وإن زُرَّق اللبن في إحليله فلم ينته إلى المثانة ، كان ذلك خارجاً على الخلاف في أن ذلك هل يفطر الصائم ؟ فإن

(١) في الأصل : وإذا حقن الصبي الذي .

(٢) سورة الجوع (بالسين) شدته وحدته (المصباح) .

(٣) يشير إلى الحديث الشريف الآتي . تعليق رقم (٤) .

(٤) حديث : « الرضاع ما أنبت اللحم . . . » رواه أبو داود : النكاح ، باب في رضاع الكبير ، ح ٢٠٥٩ ، ٢٠٦٠ ، وأحمد (٤٣٢ / ١) ، والبيهقي في الكبرى (٤٦١ / ٧) .

قلنا : إنه لا يفطره ، فلا تتعلق الحرمة به ، وإن قلنا : إنه يفطره ، ففي تعلق الحرمة به القولان المذكوران في الحقنة .

١٠٠٠٩- وقد ذكرنا تردداً في أن الصائم إذا قَطَّرَ في أذنه شيئاً هل يفطر ؟ فإن قلنا : إنه لا يفطر ، لم يتعلق بوصول اللبن إلى داخل الأذن حرمة الرضاع ، وإن قلنا : إنه يفطر ، فالوجه تخريج الخلاف في حصول الحرمة على قولي الحقنة ، وقد ذكر الشيخ أبو علي نص الشافعي في أنه لا تتعلق به حرمة الرضاع .

ولو أصاب الصبي قَرْحُ فوصل اللبن منه إلى الباطن ، فهذا من المفطرات ، ولكن إذا لم يكن ذلك الباطن محل التغذية ، خرج القولان المذكوران في الحقنة .

ولم يختلف الأصحاب في أن الواصل بالمسام لا حكم له ، كاللبن يقَطَّرَ على الرأس ، وقد [يُفرض] ^(١) غوصه وانتهأؤه إلى الدماغ ، ولكن إذا كان الفطر لا يحصل به ، فيستحيل أن تحصل حرمة الرضاع به .

فَصْلٌ

قال : « وأدخل الشافعي على من قال . . . إلى آخره » ^(٢) .

١٠٠١٠- مقصود هذا الفصل الكلام في وصول اللبن إلى محل التغذية أو الجوف المعتبر بعد أن يلحقه التغاير بامتداد الزمان ، أو الخلط ، أو الصَّنعة ، فنقول :

عَقْدُ الفصل أن اللبن إذا وصل إلى الجوف المعتبر ، تعلقت الحرمة به ، سواء كان طرياً ، أو حائلاً بامتداد الزمان ، فلو راب ، أو جُبِّن أو أَقُط ، فوصل اللبن إلى الجوف ، تعلقت به الحرمة .

ولم يعتبر الشافعي في ذلك اسم اللبن اعتباره اسم الإرضاع ، حيث جعل العدد والتخصيص بالزمان في حكم تخصيص العام ؛ فإنه رأى في الشرع الاعتناء بالرضاع والإرضاع ، وفهم على القطع وصول اللبن على أي جهة فُرِض ، ولم ير للشرع اعتناء باسم اللبن ، فلم يكثر بالتغاير التي تلحقه .

(١) في الأصل : يعرض .

(٢) ر . المختصر : ٥٤ / ٥ .

وقد يعترض في ذلك أن اللبن إذا مُخَضَّ ومُيِّز الزُّبْد منه ، فالباقي مَخِيض ، فلو أمكن مثل ذلك في لبن الآدميات ، فكل جزء يصل إلى الباطن تتعلق الحرمة به .
هَذَا قولنا في التَّغْيِير التي تلحق اللبن .

١٠٠١١- فأما إذا خلط اللبن بغيره ، فنذكر التفصيل في خلطه بالماء ، ثم نبين خلطه بغيره ، فإن خُلِطَ بالماء ، لم يَخْلُ : إما أن يكون الماء قليلاً ، أو يكون بالغاً حد الكثرة .

فإن كان في حدِّ القِلَّة ، واختلط اللبن به ، لم يخلُ : إما أن يكون اللبن غالباً ، أو مغلوباً .

فإن كان غالباً ، فما وصل منه إلى الجوف المعتبر ، فهو مثبت للحرمة .

وإن كان مغلوباً - وتصورُ ذلك منه إذا كان لا يظهر من صفات اللبن شيء لا اللون ، ولا الطَّعم ولا الرائحة - فهل تتعلق حرمة الرضاع بإيصاله إلى الجوف ؟ فعلى / قولين : ٢٧٤ ش
أظهرهما - أن الحرمة تتعلق به . والقول الثاني - أن الحرمة لا تتعلق به ، وهو مذهب أبي حنيفة^(١) .

توجيه القولين : من قال : تتعلق الحرمة به احتج بأن اللبن في حكم المستهلك ، فكأن لا لبن ، والدليل عليه أن التوضُّؤ بهذا الماء جائز ، وإن امتنع التوضُّؤ باللبن .
والقول الثاني - أن الحرمة تتعلق به ؛ فإن اللبن واصلٌ إلى الجوف ، وهو المطلوب ، وإذا تحقق وصوله ، وجب تعلق الحرمة به .

ويقرب مأخذ القولين من أصلٍ ذكرناه في أحكام المياه ، وهو أن المقدار [الذي]^(٢) لا يسع وضوءاً من الماء إذا كمل بالماورد وهو مغلوب بالماء ، ففي جواز التوضُّؤ به خلاف .

ووجهُ التقريب لائح ، فإننا في وجهِ نقول : المغلوب كالمعدوم ، وفي وجهِ نُبِت

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٢٢ ، فتح القدير : ٣ / ٣١٥ .

(٢) زيادة من المحقق .

لوجوده المحقق الحكم ، ونقول : المتوضئ به لم يستعمل الماء الطهور في أعضاء الوضوء على تحقيق .

١٠٠١٢- فإن قلنا : لا تتعلق الحرمة به لكونه مغلوباً ، فلو أتى الصبي على جميع الماء ، لم تتعلق الحرمة به .

وإن قلنا : على القول الأصح ، وهو أن الحرمة تتعلق به ، فلو شرب الصبي جميعه ، تعلقت الحرمة بمباشرته ؛ فإن اللبن وصل بشرب جميعه إلى باطنه يقيناً .

وإن شرب من ذلك المختلط بعضه ، والتفريع على القول الذي انتهينا إليه ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن الحرمة لا تثبت ؛ لأننا لم نستيقن وصول اللبن إلى الجوف ، ولسنا نبعد أن يكون اللبن فيما بقي .

والوجه الثاني - أن الحرمة تثبت ؛ فإن اللبن منبث في الجميع ، وجميع أجزائه منبسطة على جميع أجزاء الماء ، ولو لم يكن كذلك ، لكان ممتازاً عن الماء ، ولكان يُحسن امتيازُه ، وليس الأمر كذلك .

ثم الوجهان عندنا فيه إذا كان الباقي بحيث يمكن تقدير انحياز اللبن إليه ، فإن عرفنا قطعاً أن المقدار الذي شربه الصبي منه جزء من اللبن ، قطعنا بحصول الحرمة على القول الذي عليه التفريع ، وذلك بأن يكون الماء أرطالاً ، واللبن رطلاً ، فأبقى الصبي من الماء ما يعلم أن رطلاً من اللبن يغيره لا محالة ، وكان الماء صافياً ، فقد أتى الصبي على اللبن ، فلا يجري الخلاف هاهنا .

هذا إذا كان الماء في حد القلة .

١٠٠١٣- وأما إذا كان الماء في حد الكثرة بالغاً قلتين ، فهذا يرتب على الماء القليل ؛ فإن حكمنا بأن الاختلاط بالقليل يسقط حرمة اللبن ، فالماء [الكثير]^(١) بذلك أولى .

وإن حكمنا بأن الاختلاط بالقليل لا يسقط حرمة اللبن ، فالاختلاط بالكثير الذي

(١) في الأصل : « فالماء كثير » وهذا علامة على عجمة قديمة كانت عند الناسخ .

يبلغ قلتين [يجري]^(١) الترتيب فيه على عكس ما ذكرناه ، فنقول : إن أتى على بعض الماء على الحد الذي ذكرناه ، لم يتعلق به الحرمة ، وإن أتى الصبي على جميع الماء ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن الحرمة تثبت وإن كان اللبن مغلوباً ، كالماء القليل . والثاني - أن الحرمة لا تثبت ؛ فإن هذا المبلغ من الشرع^(٢) على قوة غالبية ، ولذلك لا يحمل نجساً مع استيقان انبثاث النجاسة فيه .

والأولى أن نفصل عن هذا ونقول : أمر النجاسة واندفاعها مبني على مسيس الحاجة والضرورة ؛ فإن المياه إذا كثرت وبلغت مبلغاً لا تحويه الظروف والأوعية ، فيعسر صونها عن النجاسة ، ومن / الأصول الثابتة العفو عن النجاسات التي يعسر ٢٧٥ ي التصوّن منها ، وهذا المعنى لا يتحقق في اللبن ، فيجب أن نرعى فيه استيقان وصول اللبن إلى الجوف .

وإذا كان كذلك ، فلو أتى الصبي على قلة من الماء ، وقد مازج الماء رطلاً أو أكثر من اللبن ، فلا يبعد تخريج ذلك على الخلاف ، فإن هذا القائل يجعل الماء الكثير كالماء القليل ، ولا يربط بما فيه من القوة الدافعة للنجاسة حكماً ، فيترتب عليه إخراج حد الكثرة عن الاعتبار .

١٠٠١٤ - ومن تمام البيان في هذا الفصل أنا ذكرنا اللبن وكونه مغلوباً أو غالباً ، وقد اختلف أئمتنا في معنى الغلبة ، فذهب ذاهبون إلى أن المغلوب هو الذي لا يُحسُّ له وصف ، وإليه مصير الجماهير .

وذكر الشيخ أبو علي وجهاً آخر أن المغلوب هو الذي يخرج بكثرة الماء عن كونه معتدلاً للتغذي ؛ فإن الغلبة في كل باب تعتبر على حسب ما يليق به ، والمعنى بما ذكرناه أن يصير اللبن - وإن كان يحسُّ لونه مثلاً مع الماء - بحيث لا يغذي .

[وهذا الذي]^(٣) ذكره فيه خيالُ الفقه ، ولكن التصوير لا يطابقه ، فإن وصف اللبن إذا كان بادياً ، فلا بد وأن يكون مؤثراً جنسُهُ في الغذاء ، وإن كان يرق ، وهذا

(١) في الأصل : جرى .

(٢) الشرع : المراد هنا الماء : أي إن هذا القدر من الماء ، اعتبر الشرع فيه قوة غالبية . . . إلخ .

(٣) في الأصل : وهو الذي .

بمثابة قِلَّةِ القدر ، فإن القطرة إذا وصلت وإن لم يظهر لها غناء في الغذاء محسوس بمثابة المقدار الصالح منه ، وإنما نظرنا في أنه إذا انغمرت جميع الصفات ، هل يسقط أثرُ الغذاء ؟

١٠٠١٥- [وكل] ^(١) ما ذكرناه فيه إذا اختلط اللبن بالماء ، فأما إذا اختلط بغيره من الأطعمة والأدوية ، فجميعها على أقدارها بمثابة الماء القليل ؛ فإنه لا حدّ فيها للشرع في تميز الكثير عن القليل .

١٠٠١٦- ولا ثقة بدرك لباب هذا الفصل إلا بالنظر في دقيقة ، وهي أن اللبن إذا اختلط بشيء اختلاطاً حقيقياً ، ولم يُستيقن انبثاؤه على جميع أجزائه ، وفُرض تعاطي الصبي طرفاً مما لا يستيقن انبثاؤه اللبن إليه ، فالظاهر أن الحرمة لا تتعلق به ؛ فإن وصول اللبن مشكوك .

وجبّئ بعض أصحابنا ، فأجرى حكم الحرمة مجرى الحكم بالنجاسة ، فقد ثبت أن قطرة من البول لو وقعت في طرف من ماء قارٍّ على ضَحْضَاحٍ منبسط ، فيتصل بوقوعه حُكْمُنا بنجاسة الطرف الأقصى ، فلا ينبغي للفقيه أن يُجري حكم اللبن هذا المجري ؛ فإن مدار هذه الفصول في الرضاع على استيقان وصول اللبن إلى الجوف ، وإن كان مغلوباً ، أو على إسقاط حكمه إذا غلب .

والنجاسة معظم أحكامها مبني على التقذّر وعاية النفوس .

وهذا المعنى قد يحصل في الطرف الأقصى قبل انبثاؤه النجاسة حساً إليه .

ومن أصحابنا من أجرى اختلاط اللبن مجرى اختلاط النجاسة إذا قلنا : لا تسقط حرمة مغلوبة ، وهذا غفلة عن سرّ الباب وخلط الأصل بأصل .

١٠٠١٧- ومما يتعلق بتمام القول في ذلك أن القطرة من اللبن إذا قطرت في فم الصبي ، ومازجها ريقه ، وصارت مغلوبةً بالريق ، فالذي ذهب إليه الجماهير أن الحرمة تثبت ، وبنوا ذلك على عسر النظر إلى ما وراء الشفتين ، وجعلوا القطرة الغائبة

(١) في الأصل : فكل .

بالوصول إلى الفم كالقطرة/ التي تغيب بمجاوزة الغلصمة ، وقدّروا اختلاطها برطوبات ٢٧٥ ش
الفم بمثابة اختلاطها برطوبات المعدة .

ومن أصحابنا من جعل الريق من حيث إنه من محلّ ملحّق بالظواهر بمثابة سائر
المائعات التي يختلط اللبن بها ؛ حتى يتردّد النظر في الغالب والمغلوب .
وقد نجز ما أردناه من تبايير اللبن بالصنعة والزمان والاختلاط .

١٠٠١٨- ثم ذكر الشافعي بعد هذا حكم لبن البهائم ، فلا تتعلق به حرمة ، وهذا
لا غموض فيه ، ولكنه قصد بإيراده الردّ على عطاء ؛ فإنه جعل الصبيين المجتمعين
على لبن بهيمة أخوين ، وهذا من فضّحات مذهبه ؛ فإن الأخوة فرع الأمومة والأبوة ،
وأخ الإنسان ابن أبيه وابن أمه ، وإذا استحال تقدير الأصل ، استحال الفرع .

١٠٠١٩- ثم ذكر الشافعي لبن الميتة ، فإذا ماتت المرأة ، فاحتلب منها بعد الموت
لبن ، لم يتعلق به حرمة الرضاع عند الشافعي ، فإن انفصاله جرى والجثة منفكة عن
الحرمة الثابتة للأحياء ، وخلاف أبي حنيفة^(١) مشهور في ذلك .

ولو احتلب اللبن منها ، وهي حية ، فماتت ، فتعاطاه الصبي بعد موتها ، فالذي
قطع به أئمة المذهب أن الحرمة تتعلق به ، والسبب فيه أن الذي عليه التعويل في سقوطه
[سقوط]^(٢) حرمة الميتة ؛ [فإنها]^(٣) إذا ماتت واللبن في ثديها ، فيتبع سقوط حرمة
اللبن سقوط حرمة الأم ؛ من جهة أنه اكتسب الحرمة من انسلاكه في مجاريها ، وهي
حية ، فإذا لم ينفصل حتى سقط حرمتها ، فيسقط حرمة اللبن تبعاً ، كما تثبت حرمة
تبعاً .

وهذا المعنى إنما يتحقق إذا ماتت واللبن في ثديها ، فأما إذا حُلب اللبن منها في
حياتها ، فسقوط حرمتها إذا ماتت يستحيل أن يتعدى إلى اللبن المفصول منها .
وبلّغني من أثق به أن القاضي كان يحكي وجهاً أن الحرمة لا تتعلق باللبن المحلوب

(١) ر . مختصر اختلاف في العلماء : ٢ / ٣٢٠ مسألة ٨١٤ ، مختصر الطحاوي : ٢٢٢ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : أنها .

في الحياة إذا اتفق وصوله إلى الجوف بعد موت صاحبة اللبن ، ورأيت هذا الوجه لبعض الأصحاب في طرق العراق .

ووجهه - على بعده في الحكاية - أن اللبن لو أثبت الحرمة ، لثبت الأمومة بعد الموت ، والأمومة أم الحرمات في الرضاع ، فيبعد ثبوتها بعد سقوط الحرمة ، وهذا لو كان مشهوراً في الحكاية ، لكان وجهاً متجهاً ، وحكايته معروفة بين الخلافيين ، وهذا الوجه مخالف للنص الذي نقله المزني .

فصل في

قال : « ولو تزوج صغيرة ثم أرضعتها أمّه . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٢٠ - افتتح المزني المسائل المطلوبة المنسوبة إلى مغمضات الكتاب وإن كانت بيّنة عند ذوي الفطنة ، وإنما فيها ما يُحوج إلى تجديد الفكر والإكباب .

[ولكني]^(٢) أرى أن أصدر المسائل التي بين أيدينا بأصلين : أحدهما - يتعلق بغرم المهر : ونحن نقول فيه : إذا نكح الرجل صغيرة رضيعة ، فأرضعتها كبيرة إرضاعاً ي ٢٧٦ يتضمن/ انفساخ نكاحها ، وذلك يفرض من وجوه ستأتي مشروحة : منها أن تكون المرضعة أمّ الزوج ، أو ابنته ، أو أخته ، فإن كانت أمّه ، فتصير الصغيرة أخت الزوج ، وإن كانت ابنته ، فتصير حافدة الزوج ، وحكمها حكم الولد ، وإن كانت أخته ، صارت [بنت]^(٣) أخته ، وصار هو خالها ، وليس استيعاب وجوه الفساد من غرضنا الآن ؛ فإنها ستأتي مستقصاةً بالصور ، وفي الأصول التي مهدناها في صدر الكتاب ما يرشد إلى جميع ذلك .
وغرضنا الآن التعرض للغرم .

١٠٠٢١ - فإذا أرضعت امرأة الصغيرة الرضيعة إرضاعاً مفسداً للنكاح ، فإنها تغرم للزوج - بسبب تفويتها عليه الزوجية في الصغيرة - والكلام فيما تغرمه ؛ فإن الرضيعة

(١) ر . المختصر : ٥٥ / ٥ .

(٢) في الأصل : والذي .

(٣) في الأصل : ابن أخته .

غير ممسوسة ، فنذكر ما تغرّمه المرضعة إذا أفسدت نكاحاً قبل المسيس ، ثم نذكر حكم الغرم إذا أفسدت نكاحاً بعد المسيس .

فأما التفصيل فيما قبل الدخول ، فالذي نصّ عليه الشافعي أن المرضعة تغرم نصف مهر المثل قبل الدخول ، ونص على أن الشهود إذا شهدوا على الطلاق قبل الدخول ، ورجعوا عن الشهادة ، بعد نفوذ الحكم ، غرموا تمام مهر المثل .

واختلف أصحابنا في النصين : فمنهم من قال : فيهما قولان بالنقل والتخريج : أحد القولين - أن الواجب نصف مهر المثل على المرضعة والشهود ، إذا كان [الفرض]^(١) قبل الدخول ؛ لأن الملك إذا لم يتأكد بالدخول ، كان [العوض]^(٢) فيه على حده ، ويعرف عدم تأكده بعدم تأكد عوضه ؛ فإن الصداق المسمى لا يستقر منه قبل المسيس إلا شرطه إذا كان الفراق بالطلاق .

والقول الثاني - أنه يجب على المرضعة والشهود مهر المثل ؛ فإن التفويت قد تحقق في ملك تام لا نقصان فيه ، ولولا تمامه ، لما انتظم الإقدام على الوطء ، ولو فرض موت قبل الدخول ، كان كما لو فرض بعده .

١٠٠٢٢- ومن أصحابنا من أقر النصين قرارهما ، وقال : على المرضعة نصف مهر المثل قبل المسيس ، وعلى الشهود إذا رجعوا تمام مهر المثل . والفرق أن المرضعة قطعت النكاح بالإرضاع ، فقرب تشبيه ما تلتزمه من قيمة البضع بما يلتزمه الزوج من المسمى إذا طلق قبل الدخول .

والشهود لم يقطعوا النكاح باطناً ، وإنما أثبتوا حيلولة لا مطمع في رفعها ، والنكاح على زعمهم دائم والطلبية بتمام المسمى متوجهة على الزوج ، مع دوام النكاح قبل المسيس .

ومن أصحابنا من أقر النص في الشهود ، ولم يخرج فيهم من المرضعة^(٣) قولاً ، وخارج في المرضعة قولاً أنها تلتزم تمام مهر المثل .

(١) في الأصل : الغرض .

(٢) في الأصل : الغرض .

(٣) أي لا يخرج في الشهود قول نصف الصداق من القول الوارد في المرضعة .

وهذا أقسط الطرق ؛ فإن التبعض في الشهود [لا احتمال]^(١) فيه ، [وإيجاب]^(٢) تمام المهر على المرضعة ظاهر في القياس ؛ فإن تشبيهها بالمطلق اكتفاءً من المشبه بتلفيق لا حاصل وراءه ؛ من جهة أن المطلق هو الذي أزال ملكه قبل أن يستوفيه ، ش ٢٧٦ فارتدت المنافع/ إليها بجملتها ، فقابل الشرع استمكانه منها ببعض الصداق . وأما المرضعة إذا فوتت ملكه قبل أن يستوفيه فهي أخرى بأن تلتزم الكمال .

فليتأمل الناظر من كلامنا أمثال هذه المواضع .

هذا الذي ذكرناه قاعدة المذهب .

وقال أبو حنيفة^(٣) على المرضعة قبل الميسر نصف الصداق المسمى ، وهو الذي يغرمه الزوج لزوجته التي فسد نكاحها بالرضاع ، وهذا له اتجاه على حال ؛ من جهة أن تقوم البضع بقطع الملك فيه إلحاق له بالأموال المحضة ، وليس هذا من قبيل استهلاك منافع البضع بالوطء ، فإن تقومها بسبب تأكيد الحرمة يضاهي تقوم الحر إذا أتلف .

١٠٠٢٣- وقد حكى الشيخ أبو علي وغيره قولين آخرين في المرضعة ، سوى ما قدمناه : أحدهما - مثل مذهب أبي حنيفة ، ووجهه ما أشرنا إليه ، فإذا قطعنا النظر عن قيمة البضع ، فلا بد من تغريمها ما ضيعته على الزوج من ماله ، والمضيّع ما بذله الزوج ، وهو نصف المسمى .

والقول الثاني - أنها تغرم له تمام المسمى ؛ فإن الغرم إذا رجع إلى المسمى ، فالتشطير لا يثبت إلا في حق الزوج .

وهذا بعيد لا أصل له ؛ فإن التفويت يتحقق فيما يبذله أو فيما يلزمه بذله ، وهو نصف المسمى .

ولو كان الزوج أصدق امرأته خمرأ ، واقتضى الحكم الرجوع إلى مهر المثل ، فالقولان الزائدان لا يزيدان تحقيقاً ، وإن زادا تقديراً ، فإننا في قول نوجب نصف مهر

(١) في الأصل : لا احتمال فيه .

(٢) في الأصل : بإيجاب .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣١٣/٢ مسألة ٨١٠ ، مختصر الطحاوي : ٢٢١ .

المثل ، وفي قولٍ نوجب تمام مهر المثل ، غير أنا أجريناها على قاعدة المذهب ، فالنصف نصف قيمة البضع ، والتمام تمام قيمة البضع ، فإن أجرينا القولين الزائدين ، فالنصف في محل نصف المسمى ، والتمام في محل تمام المسمى .

١٠٠٢٤- فإذا تَجَمَّعَ في المرضعة أربعة أقوال في نكاح لا ميسر فيه : أحدها - أنها تلتزم نصف مهر المثل . والثاني - أنها تلتزم تمام مهر المثل . والثالث - أنها تلتزم نصف المسمى . والرابع - أنها تلتزم تمام المسمى .

وأما الشهود إذا رجعوا قبل الميسر ، ففيهم قولان : أحدهما - أنهم يلتزمون تمام مهر المثل ، وهو الأصح . والثاني - أنهم يلتزمون نصف مهر المثل . والذي أراه أن القولين المحكيين في المرضعة في نصف المسمى ، وتمام المسمى يجريان في الشهود ، فإن مأخذهما عدم تقوّم البضع من غير إتلاف ولا تملك ، وليس هذا كتقويمنا البضع في مقابلة الشقص الممهور ؛ فإن ذلك تقويمٌ تقدير ، كما سبق في موضعه .

وذكر الصيدلاني وغيره من الأئمة قولاً آخر في الشهود ، وهو أن الزوج إن كان بذل تمام المهر ، فالشهود يغرمون التمام ؛ لأنه أنكر الطلاق قبل الميسر ، فلا يمكنه استرداد ما بذله ، فإن كان لم يبذل من الصداق شيئاً أو بذل نصفه ، لم يطالب إلا بالنصف بعد نفوذ القضاء بالطلاق ، فانتصب هذا قولاً مفصلاً خامساً .

والذي أراه أن هذا يحسن إذا كنا/ نغرم الشهود المسمى نصفه أو كله .

٢٧٧ ي

فانتظم إذاً في الشهود خمسة أقوال .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كان إفساد النكاح بالإرضاع قبل الميسر .

١٠٠٢٥- فأما إذا تسببت المرضعة إلى إفساد النكاح بعد الميسر ، وهذا يُتصور على وجوه ستأتي مفصلة نذكر منها صورةً للتمثيل : فإذا نكح الرجل كبيرة وصغيرة ، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة ، فسد نكاحُ الكبيرة [على^(١) الرأي الظاهر ، فماذا تغرم أم الكبيرة لزوجها والكبيرة ممسوسة ؟

(١) زيادة من المحقق .

ما قطع به الأصحاب أنها تغرم تمام مهر المثل قولاً واحداً ؛ لأنها فوتت النكاح بعد استقراره ، وتأكد به بالمسيس .

قال صاحب التقريب : حكى المزني في غير المختصر عن الشافعي أنه قال : لا يجب على المرضعة المفسدة للنكاح بعد المسيس شيء ؛ لأن الزوج قد استوفى بالمسيس حقه ، والوطأة الواحدة بمثابة وطأت العمر ، ولذلك تُقرّر الصداق عليه ، وبطل حق المرأة في حق حبسها نفسها ، ولو ارتدت بعد المسيس ، وانفسخ النكاح لإصرارها إلى انقضاء العدة ، لم يسقط المسمى^(١) ، حكى المزني ذلك عن الشافعي ، وقطع الشافعي فيما نقل جوابه بهذا ، وهو مذهب أبي حنيفة .

ثم خرّج المزني قولاً أن المرضعة تلتزم مهر المثل ، قال صاحب التقريب : كنت أقطع بهذا القول الذي خرج ، ولا أعرف غيره ، حتى اطلعت على ما نقله المزني . فانتظم في الغرم إذاً قولان بعد المسيس : أحدهما - أنه لا يجب شيء وهو مذهب أبي حنيفة ، والقول الثاني - أنه يجب المهر بكماله وهو القول المشهور المنصور في الخلاف .

وإذا طردنا قولين في المرضعة ، لزم إجراؤهما في الشهود على الطلاق بعد المسيس ، إذا رجعوا عن شهادتهم . وقد نجز القول الكلي فيما يتعلق بالغرم المتوجه على المرضعة .

١٠٠٢٦ - ونحن ننعطف على المسألة ونستفتح فيها حكماً آخر فنقول : إذا كان الإرضاع مثبتاً للغرم على التفصيل المقدم ، فلا حكم لارتضاع الصبيّة ، وإن كان لها فعل واختيار ، ولكنه في حكم المغلوب بالإضافة إلى الإرضاع . هذا ما وجدته متفقاً عليه بين الأصحاب .

والممكن في تقديره أن ارتضاع الصبيّة طباعٌ ، واختيارُ المرضعة أغلب ، وهذا يضاهي فتح القفص مع اتصال الطيران بالفتح ؛ من جهة أن ابتغاء الطائر الإفلات طباعٌ

(١) الأولى في التمثيل بالمرتدة أنها لا تغرم المهر للزوج بانفساخ النكاح بردّها بعد المسيس . فبهذا استشهد النووي . (ر . الروضة : ٢٢/٩) .

مع اتفاق الفتح ، ولكن في ذلك الأصل أقوال ذكرناها .

ولا خلاف أن الارتضاع لا حكم له مع اتصال الاختيار بالارضاع ، فحق هذا الذي نحن فيه أن نستشهد به في نصرة بعض الأقوال في إفلات الطائر ، ولا فرق بين أن يتصل الارتضاع بإلقام المرضعة الصبيّ الثدي ، وبين أن ينفصل ، وفي فتح القفص نفصل بين الاتصال والانفصال ، كما تقرر في موضعه ، والفرق أن فعل الفاتح انتهى بالفتح ، فلا يمتنع اعتبار انفصال عنه ، بخلاف ما نحن فيه ؛ فإن المرضعة إذا ألقمت / الصبيّ ٢٧٧ ش الثدي ، فإدامتها الثدي في فم الصبي من فعلها ، وهو بمثابة ابتداء الإلقام .

١٠٠٢٧- ولو كانت المرضعة نائمة ، فدبت الصبية إلى ثديها ، والتقمت وارتضعت ، فلا فعل ولا اختيار للمرضعة ، فالمذهب الظاهر أن الفعل محال على الارتضاع في هذه الصورة ، وأثر الإحالة عليه شيان : أحدهما - أن صاحبة اللبن لا تغرم شيئاً ؛ لأنها لم تتسبب ، ولم تنسب إلى اختيار .

والثاني - أن مهر الصغيرة المسمى لها يسقط ، لانتسابها إلى الارتضاع ، وإحالتها الحكم عليه ، وهو بمثابة ما لو ارتدت الكبيرة قبل المسيس . هذا ظاهر المذهب .

وحكى الشيخ أبو علي وجهين آخرين سوى ما ذكرناه : أحدهما - أن هذه الحالة بمثابة ما لو أرضعت الكبيرة اختياراً وارتضعت الصبية ، فلا حكم للارتضاع ، والغرم محال على صاحبة اللبن ، وحكى هذا الوجه عن الداركي^(١) من أصحابنا .

وتوجيهه - على بعده - فيما نقله : أن صاحبة اللبن منتسبة إلى التقصير ، وترك التحفظ ؛ إذ نامت في مكانٍ وبالقرب منها مرتضعٌ .

(١) الداركي ، عبد العزيز بن عبد الله بن محمد ، أبو القاسم الداركي ، أحد أئمة الأصحاب ورفعائهم ، تفقه على أبي إسحاق المروزي ، وانتهى إليه التدريس ببغداد ، وعليه تفقه أبو حامد الإسفراييني . تكرر ذكره في الروضة كثيراً ، وذكر في المذهب في غير موضع . توفي سنة ٣٧٥ هـ .

والداركي ، نسبة إلى دارك (بفتح الراء) من قرى أصبهان . (ر . طبقات الشيرازي : ٩٧ ، طبقات العبادي : ١٠٠ ، تهذيب الأسماء واللغات : ٢٦٤ / ٢ ، وفيات الأعيان : ٣٦١ / ٢ ، طبقات السبكي : ٣٣٠ / ٣ ، طبقات ابن قاضي شعبة : ١٤١ / ١) .

وهذا على نهاية البعد .

والوجه الآخر - أن صاحبة اللبن لا تغرم شيئاً لزواج الصغيرة ، وللصغيرة نصف الصداق المسمى ، وهذا في التحقيق إسقاط أثر الإرضاع والارتضاع جميعاً ، وهذا أوجه قليلاً مما حكاه عن الداركي . أما سقوط الغرم عن صاحبة اللبن ، فبيّن متجه . وأما عدم سقوط جميع المسمى ، فمعلل بحمل الارتضاع على الطباع حيث وجد ، فيسقط أثره ، وقد يعتضد هذا في الحسن بأن الصبي ينفصل عن الأم ، فيأخذ في الارتضاع ، ولا يجوز أن يفرض له اختيار في هذه الحالة ، وعليه حمل بعض المفسرين قوله تعالى : ﴿ وَهَدَيْنَاهُ النَّجْدَيْنِ ﴾ [البلد : ١٠] .

فقد تحصل في ارتضاع الصبية من الكبيرة النائمة ثلاثة أوجه : أحدها - إسقاط الغرم وإحالة الإفساد على الارتضاع ، وهو الأول ، والوجهان الآخران قد بانا ، فانتظمت الأوجه .

١٠٠٢٨- وإذا وقع التفريع على الأصح ، وهو الوجه الأول ، فلو قطرت قطرة من ثدي صاحبة اللبن ، وطيرتها الريح وفاقاً إلى غلصمة الصبية ، فلم يوجد منها إرضاع ولا منها ارتضاع ، فالذي ذكره الأصحاب تفريعاً على الوجه الأول المشهور أنه لا غرم على الكبيرة ، وللصبية نصف صداقها على زوجها .

وإذا فرعنا على مذهب الداركي ، فلا شك أنه يوجب الغرم على الكبيرة ، وهو ضعيف لا تفريع عليه .

هذا قولنا في ارتضاع الصبية من غير إرضاع .

١٠٠٢٩- ونحن ننعطف على المسألة انعطافاً آخر ، ونأخذ في تفصيل أصل آخر :

ما رأيناه تمحيصاً للأغراض والمقاصد في المسائل أقرب إلى مسلك البيان من خلط الأحكام بعضها ببعض ، فنقول : إن وُجد من الصبية ارتضاع ، ومن صاحبة اللبن إرضاع ، فلا حكم لارتضاعها ، ولها نصف المسمى على زوجها .

ي ٢٧٨ وقد يعترض هاهنا سؤال ، وهو / أن الصداق إنما يتشطر إذا كان الزوج هو المطلق ، فينضم إلى تمكنه من الاستمتاع ، وإن لم يستمتع رفعه النكاح بالطلاق ،

فترتب عليه أن المسمى لا يسقط جميعه ، وهاهنا لم يتسبب الزوج إلى رفع النكاح ، وإنما ارتفع دونه قبل أن يصل إلى مقصوده .

فنقول : الأمر وإن كان كذلك ، فنصف المسمى ثابت ؛ فإن ارتضاع الصبية عديم الأثر ، فالرفع يغرم الكبيرة ، فيبعد أن يفوز بقيمة ما فوّت عليه ، ولا يغرم للصبية من عوض العقد شيئاً .

نعم ، لو قطرت قطرة من اللبن من غير قصد ، ووصل إلى باطن الصبية من غير قصدٍ منها ، وجرينا على الأصح في نفي الغرم عن صاحبة اللبن ، فهاهنا انقطع النكاح من غير قصد من الزوج ، ولم يُخلّف انقطاع النكاح غمماً ، فالمذهب المنقول أنه يجب على الزوج نصف المسمى كما ذكرناه ، ووجهه أن النكاح لا يعرئ عن شيء من العوض إذا لم يظهر انتساب المرأة إلى رفعه ، ولا انتساب من الصبية في الصورة التي ذكرناها .

وفي هذه الصورة أدنى احتمال ؛ من جهة أن الزوج لم يرفع النكاح ، ولم يفز بعوض عنه .

وهذا مذهب مالك^(١) ، وفي مسائلنا ما يناظر هذا .

وهذا احتمال . والمذهب ما قطع الأصحاب به .

١٠٠٣٠- فإذا يتسق في الغرض الذي نطلبه ثلاث صور : إحداها - أن يوجد الإرضاع^(٢) والارتضاع ، فللصبية نصف المسمى .

والأخرى - أن ترتضع وصاحبة اللبن نائمة ، فالمذهب سقوط مسماها ، [لتجرد]^(٣) ارتضاعها ، وحكينا عن الداركي وغيره وجهاً آخر أن لها نصف المسمى .

والصورة الثالثة - ألا يوجد من الصبية ارتضاع - في مسألة انفصال القطرة واتصالها بباطن الصبية - فالذي قطع به الأصحاب أنه يجب لها نصف المسمى على زوجها ،

(١) ر . حاشية الدسوقي : ٥٠٥ / ٢ ، ٥٠٦ .

(٢) في الأصل : أن يوجد الإرضاع للغرم والارتضاع .

(٣) في الأصل : لتجدد .

وقال مالك يسقط جميعُ المسمى ، وما ذكرناه من الاحتمال توجيه مذهب مالك .

١٠٠٣١- ومما نختم فصل الغرم به أن الرجل إذا نكح كبيرةً وصغيرةً ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة ، وفسد نكاحهما ، كما سنين ، أما أمر الصغيرة ، فقد أوضحناه في الغرم ، وأما الكبيرة ؛ فإنها تسببت إلى إفساد نكاح نفسها أيضاً بالارضاع ، وأثر ذلك أنه يسقط مسماها ، ولا تغرم للزوج شيئاً ، بخلاف المرضعة التي ليست بزوجة ، وذلك لأن الضمان المتعلق بالمتعاقدين في المعقود عليه يختص بترادّ العوض .
فهذا أثر إفسادها نكاح نفسها .

وهذا فيه إشكال لا يليق استقصاؤه بالمذهب^(١) ، وقد ذكرناه في مسائل^(٢) الخلاف .

وهذا نجاز أحد الأصلين المقدمين على مسائل الفصل ، وهذا بيان الغرم ، وما يجب وما يسقط .

١٠٠٣٢- وأما الأصل الثاني - فنقول : إذا اتصل الصهر بحرمة الرضاع ، تعلق حرمه المصاهرة بما يجري ، ولا فرق بين أن يتفق ذلك قبل النكاح ، أو في دوامه ، أو بعد ارتفاعه . والأصل متفق عليه .

١٠٠٣٣- وبيانه بالمسائل أن المرأة إذا أرضعت صبيةً ، فنكح الصبية رجل ، فالتى ش ٢٧٨ صارت أمها بالرضاعة محرمةً على الزوج على التأيد ، والأمومة/ في هذه الصورة متقدمة على الزوجية وأم الزوجة محرمة على التأيد .

ولو نكح الرجل صغيرةً وأبانها ، فأرضعتها أجنبيةً خمساً في الحولين ، حرمت هذه الأجنبية على الذي كان زوجاً للصبية ، والأمومة تثبت بعد ارتفاع الزوجية ،

(١) بالمذهب . المراد به هذا الكتاب (نهاية المطلب) فهو يسمّى (المذهب الكبير) .

(٢) مسائل الخلاف : المراد بها كتاب (الدرّة المضية فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية) ويسميه مسائل الخلاف ، لأن مبناه وطريقته على ذكر المسائل الخلافية بعنوان (مسائل) فيقول : مسائل القراض - مسائل الرضاع . . . وهكذا . وكلما انتقل من موضع إلى موضع قال : مسألة . وهذا غير كتابه الآخر في الخلاف الذي يسميه (الأساليب) وذلك لأنه كلما انتقل من مسألة خلافية إلى أخرى قال : أسلوب آخر . . . فسمي باسم الأساليب .

ولكن كانت هذه الصبية زوجة ، وقد ثبتت أمومة المرضعة ، فلا نظر إلى تقدم الزوجية وتاريخ الرضاعة ، وهذا متفق عليه لا نعرف فيه خلافاً .

ولو نكح الرجل كبيرة ، ثم أبانها ، فنكحت غلاماً رضيعاً قبل نكاحها له أبوه ، وكانت ذات ابن من الزوج الأول ، فلو أرضعت زوجها الرضيع بلبان الزوج الأول ، فلا شك في انفساخ نكاح الرضيع ؛ لأن الكبيرة صارت أمه ، وتحرم هذه الكبيرة على الزوج الأول على التأيد ، فإنها من زوجات ابنه من الرضاع ، وحليلة الابن من الرضاع محرمة على الأب ، فقد أثبت إرضاعها بنوة الرضيع من الزوج الأول ، وانعقد النكاح قبل ذلك ، فصارت حليلة الابن .

وهذا ينبنى على الأصل الذي مهدناه من أنا لا نعتبر التواريخ في ترتب الصهر على الرضاع والرضاع على الصهر .

ومما بناء الأئمة على هذه القاعدة أن رجلاً اسمه زيد لو نكح كبيرة ، ونكح رجل اسمه عمرو رضيعة ، ثم أبان كل واحد منهما زوجته ، واستبدلا : فنكح زيد الرضيعة ، ونكح عمرو الكبيرة ، ثم أرضعت الكبيرة بعد الاستبدال الصغيرة ، فنقول : أما الكبيرة فتحرم عليهما جميعاً لأنها صارت أم زوجة كل واحد منهما ؛ فإن الصغيرة نكحها عمرو أولاً ثم زيد ، ولا نظر إلى التاريخ .

وأما الصغيرة ، فنقول : إن لم يدخل زيد بالكبيرة لما كانت تحته ، فنكاح الصغيرة [يتأتى]^(١) ، لأنها صارت ربيبة امرأة لم يدخل بها ، وإن كان الأول دخل بالكبيرة ، انفسخ الآن نكاح الصغيرة ، لأنها صارت ربيبة امرأة مدخول بها .

ولولا إقامة الرسم وطرُد الكتاب على نسق واحد في البيان ، لرأيت طرح معظم هذه الأمثلة ؛ لأن الفطن يتبرّم بها ، ولا يكاد يخفى مداركها على أوائل النظر ، ولكنني أجريها على صيغة البيان ، وهذا معذرة إلى الفقيه المنتهي إلى هذا المنتهى .

١٠٠٣٤- قال ابن الحداد : إذا در لمستولدة الرجل لبنٌ على ولده المنتسب إليه ، ثم إنه زوجها من عبد له صغير رضيع ، فلو أرضعته ، فلا شك في انفساخ النكاح .

(١) في الأصل : يأتي .

ثم حكى عن الشافعي أنه قال : لا تحرم المستولدة على مولاها ، وقال معترضاً :
الرأي تحريمها ؛ فإن العبد الصغير صار ابناً للمولى^(١) ، وهذه زوجة ابنه ، وحليلة
الابن تحرم .

فقال الأصحاب : إن صححنا النكاح ، فلا شك أن الجواب المبتوت ما ذكره ابن
الحداد ، ولكن حمل الأصحاب النص الذي نقله على فساد النكاح .

ووجهوا للفساد ثلاثة أوجه : أحدها - أن تزويج من العبد الصغير لا يجوز ؛ بناء
ي ٢٧٩ على أن إجبار العبد الصغير على النكاح / غير جائز ؛ من حيث إنه يلزم ذمته مالا .
والوجه الثاني في توجيه الفساد - منع تزويج المستولدة ؛ فإننا قد منع ذلك في قول ،
كما سيأتي مشروحاً في موضعه ، إن شاء الله وحده .

والوجه الثالث - أن من زوج أمته من عبده ، فالمذهب الأشهر والمسلوك الأظهر أن
النكاح يصح ، وحكى الشيخ أبو علي وغيره وجهاً غريباً أن تزويج أمته من عبده غير
صحيح ، وهذا - على بعده - موجه باستحالة ثبوت المهر ، وإن كان كذلك ، امتنع
عقد النكاح ؛ من جهة استحالة ثبوت العوض بالعقد وعند الميسر ، وضاهى ذلك
بدل البضع .

ولست أدري أقدمنا ذكر هذا في النكاح ؟ فإن لم نذكره ، فقد ذكرناه الآن .
وإذا أفسدنا النكاح بوجه من هذه الوجوه ، لم تثبت الزوجية مع الابن .
وإذا نكح ابن الرجل امرأة نكاحاً فاسداً ، ولم يطأها على الشبهة ، لم تحرم على
الأب ، فإن النكاح إنما يحرم حليلة الابن على الأب وحليلة الأب على الابن إذا صح .
فهذا محمل النص الذي حكاه ابن الحداد .

وإن صححنا النكاح ، فليس تحريم المستولدة على المولى مما يُتَمَارَى فيه .
وقد نجز ما أردناه من تمهيد الأصل الثاني .

وقد حان أن نخوض في المسائل ، ومعظمها منصوصة فلا يضر حفظها حتى تكون
معتدة في الذكر وتتهذب الأصول بها ، ونحن نأتي بها صورة صورة .

(١) تذكر (لبن الفحل) ، فالمولى هنا هو الفحل .

فصل في

قال : « ولو أرضعتها امرأة له كبيرة لم يصبها . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٣٥- نستغرق مقصود الفصل برسم الصور .

صورة : إذا كان تحت رجل صغيرة وكبيرة ، فأرضعت الكبيرة الرضیعة ، نظر : فإن أرضعتها بلبان الزوج ، انفسخ نكاحهما ، أما الصغيرة ، فقد صارت بنت الزوج ، وأما الكبيرة ، فقد صارت من أمهات النساء .

وإن كانت ذات لبن من غير الزوج ، فلا يخلو إما أن تكون مدخولاً بها ، وإما أن لا تكون مدخولاً بها . فإن كانت مدخولاً بها ، انفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة ، وحرمتا على الأبد : أما الكبيرة ، فقد صارت من أمهات النساء ، والصغيرة ربيبة امرأة مدخول بها .

وإن لم تكن مدخولاً بها ، فلا شك في انفساخ [نكاحهما]^(٢) لثبوت البنوة والأمومة بينهما ، والجمع بين الأم والبنت مستحيل ، وليست إحداهما أولى بالاندفاع ، وأما الكبيرة ، فقد حرمت على الأبد ؛ هذه العلة فيها كافية في انفساخ نكاحها ؛ فإنها صارت من أمهات النساء ، ولا تحرم الصغيرة على الأبد ، وإنما ينفسخ نكاحها في الحال لما أشرنا إليه من الجمع ، وإلا فهي ربيبة امرأة لم يدخل بها ، فلو أراد أن ينكح الصغيرة ابتداء ، أمكنه ذلك .

ولا يضر أن نُجري في بعض المسائل أحكام الغرم ، وإن مهدنا أصله ، وإحالة الإفساد على الكبيرة ، والجريان على الأصح ، فتغرّم للزوج نصف مهر الصغيرة ، ويسقط مهرها إن لم يكن مدخولاً بها ، كما لو ارتدت قبل المسيس ، وإن كانت مدخولاً بها ، لم يسقط / مهرها المسمى على الرأي الظاهر ، كما لو ارتدت المرأة بعد ٢٧٩ ش المسيس ، وقد ذكرت التفصيل في ذلك .

(١) ر . المختصر : ٥٥ / ٥ .

(٢) في الأصل : نكاحها .

والقدر المعتبر هاهنا تنزيل الرضاع بعد المسيس منزلة الارتداد ، والزوج يغرم للصغيرة نصف مسماتها .

١٠٠٣٦- صورة أخرى : إذا كان تحت الرجل كبيرة وثلاث صغائر ، فأرضعتهن الكبيرة ، لم يخف الحكم ، إذا كان الإرضاع بلبان الزوج ؛ فإنهن يصرن بناته . وإن كانت ذات لبن من غير الزوج ، نظر : فإن كانت مدخولاً بها ، حرمت ، وحرمن على الأبد من غير تفصيل ؛ فإن الصغائر [يصرن]^(١) ربائب امرأة مدخول بها ، وتصير الكبيرة أمهن .

وإن كان الرضاع بغير لبن الزوج ، وكانت الكبيرة غير مدخول بها ، فهذا القسم يفصل ، فإن أرضعتهم أربعاً أربعاً على ما يتفق من جمع وترتيب ، ثم احتلب اللبن وجعل في ثلاثة ظروف ، وأوصل الرضعة الخامسة إلى أجوافهن معاً من غير ترتيب ، فيرتفع نكاحهن .

أما الكبيرة ، فتحرم على الأبد ؛ لأنها من أمهات النساء ، والصغائر لا يحرم على الأبد ؛ لأن الكبيرة غير مدخول بها ، فهن ربائب امرأة لم يتفق الدخول بها ، ولكن يفسخ نكاحهن لثبوت الأخوة بينهن في حالة واحدة ، والجمع بين الأخوات مستحيل .

ثم يغرم الزوج نصف المسمى لكل صغيرة ، ويسقط مهر الكبيرة ، كما لو ارتدت قبل الدخول ، وهذا حظها في نفسها من عهدة الإرضاع ، وتغرم هي على الرأي الظاهر نصف مهر مثل كل صغيرة للزوج .

ولو كانت المسألة بحالها ، فأرضعت قبل الدخول بغير لبان الزوج الصغائر الثلاث ترتيباً : الأولى ، ثم الثانية ، ثم الثالثة ، فنقول : أما نكاح الكبيرة ، فلا شك في ارتفاعه ، وهي محرمة على الأبد ، وإنما النظر في الصغائر ، فإذا أرضعت الأولى خمساً ، انفسخ نكاحها لاجتماعها مع الأم وقد تثبت الأمومة والبنوة من غير ترتيب ، فلما أرضعت الثانية ، لم يفسخ نكاح الثانية ؛ من جهة أنها لا تحرم على الأبد ،

(١) في الأصل : تصرفن .

والكبيرة أقدمت على إرضاعها بعد انفساخ نكاحها ، فلا يحصل الجمع .

فلما أرضعت الثالثة رضاعاً محرماً ، انفسخ نكاح الثالثة ، لا محالة ؛ لأنها صارت أختاً للثانية وقد ثبتت الأخوة [بينها وبين] ^(١) الثانية في النكاح ، والجمع بين الأختين ممتنع . هذا قولنا في الثالثة .

فأما الثانية ، ففي ارتفاع النكاح قولان : أصحابهما وأقيسهما / - أنه لا يفسخ نكاح ٢٨٠ ي الثانية ، وعبر الأئمة عن القولين ، فقالوا : الأخيرة التي يفسخ نكاحها بسبب الاجتماع مع المتقدمة تصير مع المقدمة كالمنكوحتين في عقدة واحدة أم الأخيرة كالمُدخلة على المتقدمة ؟ فعلى القولين : فإن جعلناهما كالمنكوحتين دفعة واحدة ، فلا وجه إلا الحكم بانفساخ نكاحهما جميعاً ، وإن جعلنا الأخيرة كالمُدخلة على الأولى ، فينفسخ نكاح الأخيرة فحسب .

توجيه القولين : وجه القول الأصح أن الأخوة لا تقبل في ثبوتها الترتيب ، ولا يتصور ثبوتها إلا بين شخصين ، والأخوة هي المفسدة ، وإذا لم يكن فيها ترتيب ، وجب القطع بانفساخ النكاح فيهما جميعاً .

ووجه القول الثاني - أن الرضاع تمّ في الأولى ، ولم يوجب انفساخاً ، ثم الرضاع في الثانية بكماله ، لم يتعلق بالأولى منه [فعل] ^(٢) ؛ فكان ترتب الرضاع على الرضاع كترتب النكاح على النكاح .

وهذا ما لا [أشتغل] ^(٣) بتقريره ، وإنما هو تخيل لا حاصل له .

ثم قال الأئمة : مهما ^(٤) فرضنا امرأتين ، وقد تمهد في أحدهما سبب ، ثم جرى في الثانية سبب آخر حصل به جمعٌ محرّم ، فينفسخ نكاح الثانية ، وفي انفساخ نكاح الأولى القولان .

(١) في الأصل : وقد ثبتت الأخوة منها والثانية .

(٢) في الأصل : فعلى .

(٣) في الأصل : أستقل .

(٤) مهما : بمعنى إذا .

١٠٠٣٧- واختلف الأصحاب في صورة نذكرها ، وهي أن الرجل لو كان تحته كبيرة وصغيرة ، فأرضعت أمُّ الكبيرة الصغيرة ، فقد صارت الصغيرة أختاً للكبيرة ؛ وإنما انتظمت الأخوة بينهما ؛ لأن الكبيرة بنتُ المرضعة بالنسب ، وهذا متقدم متمهد على إرضاع الصغيرة ، فاختلف أصحابنا على طريقين : فقال الأكثرون : في انفساخ نكاح الكبيرة قولان ، جرياً على القاعدة التي قدمناها ؛ فإن البنوة بالنسبة متقدمة ، والرضاع الذي تم به الأخوة متأخر ، وكان كما لو أرضعت الزوجة الكبيرة صغيرة ، ثم أخرى ، ثم أرضعت الثالثة ، فقد صارت أم الثانية بالرضاع ، وتثبت الأخوة بين الثانية والثالثة بسبب تقدم بنوة الرضاع بين الكبيرة وبين الثانية ، فلا فرق .

ومن أصحابنا من قطع بأن الكبيرة تحرم قولاً واحداً ، إذا أرضعت أمها الصغيرة ، لأن البنوة في الكبيرة تثبت لا بجهة الرضاع ، فليس في الرضاع ترتب . وهذا ليس بشيء ، والوجه القطع بإجراء القولين .

١٠٠٣٨- عاد بنا الكلام إلى كبيرة وثلاث صغائر والكبيرة غير مدخول بها ، والإرضاع ليس بلبان الزوج ، فلو أرضعت واحدة من الصغائر ، ثم أرضعت ثنتين ، فأوصلت الرضعة الخامسة إلى أجوافهما معاً ، فيبطل في هذه الصورة نكاح الصغائر الثلاث : أما الصغيرة الأولى ، فقد فسد نكاحها بسبب الجمع بين الأم وابنتها ، وفسد ش ٢٨٠ نكاح / الآخرين بحصول الأخوة فيهما معاً برضاع جامع لا ترتب فيه .

ولو كانت المسألة بحالها ، فأرضعت صغيرتين جميعاً ، كما صورنا الجمع ، ثم أرضعت الثالثة وحدها خمساً ، فيرتفع نكاح الصغيرتين الأوليين المجموعتين لعلتين في الجمع : إحداهما - الجمع مع الأم ، [والثانية]^(١) - الاجتماع في الأخوة ، ولا يبطل نكاح الصغيرة الثالثة ؛ فإن رضاعها يجري ونكاحُ الكبيرة زائل ، وكذلك نكاح الصغيرتين الأوليين ، وليست هي ربيبة امرأة مدخول بها . ولا يكاد يخفى حكم الغرم إذا لاح فسادُ النكاح .

(١) في الأصل : الثاني .

١٠٠٣٩- صورة أخرى : إذا نكح رجل أربع صغائر ، فجاءت أجنبية وأرضعتهم أربعاً أربعاً ، ثم أوصلت الرضعة الخامسة إلى أجوافهن معاً ، فيفسد نكاحهن للاجتماع في الأخوة برضاع لا ترتب فيه ، والنظر في الجمع والترتيب إلى الرضعة الخامسة .
ولو أرضعت اثنتين معاً ، ثم أرضعت الآخرين معاً ، فسد نكاحهن لتحقيق الجمع بين الأوليين وبين الآخرين .

ولو أرضعتهم على الترتيب ، فلا يفسخ نكاح الأولى لو اقتصرت على إرضاعها ، فلما أرضعت الثانية ، صارت أختاً للأولى ، وانفسخ نكاح الثانية ، وهل يفسخ نكاح الأولى ؟ فعلى القولين ؛ لأن الرضاع قد تم فيهما ، فإن جعلنا الثانية كأخت تدخل على أخت ، فيفسخ نكاح الثانية ولا يفسخ نكاح الأولى ، وإن جعلناهما كالمجموعتين في نكاح واحد ، بطل نكاحهما بالتدافع ، فلما أرضعت الثالثة ، فإن حكمنا بانفساخ نكاح الأولى والثانية ، فلا يفسخ نكاح الثالثة الآن ؛ فإن الأخوة فيها لا تصادف [أختاً منكوحه]^(١) ؛ إذ قد ارتفع نكاح الرضيعتين قبلهما .

وإن فرعنا على القول الثاني ، وهو أن نكاح الأولى لا يفسخ ، فيفسخ نكاح الثالثة ؛ فإن الأخوة تثبت بينها وبين الأولى وهي في النكاح ، فبطل نكاح الثالثة ، ولما أرضعت الرابعة ، فنكاح الرابعة يفسخ لا محالة على القولين ؛ فإنها صارت أخت الأولى ، وأخت [الثانية]^(٢) ، والثالثة على القول الصحيح كانت منكوحه لما تم الرضاع في الرابعة ، والأولى كانت منكوحه في القول الثاني لما تم الرضاع في الرابعة ، فيفسخ نكاحها على القولين .

وتخرج من خاتمة الأم^(٣) : إذا أرضعتهم ترتيباً أن نكاح الأربع يفسخ آخرها على أصح القولين ، وترتيبه أن يفسخ نكاح الأولى عند تمام الرضاع في الثانية وينفسخ نكاح الثانية لا محالة ، ثم يفسخ نكاح الثالثة عند تمام الرضاع في الرابعة ، وينفسخ نكاح الرابعة لا محالة .

(١) في الأصل : « أخت المنكوحه » والمثبت من صفوة المذهب .

(٢) في الأصل : « والثالثة » والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٣) وتخرج من خاتمة الأم : أي يستخلص من خاتمة المسألة الأم .

وعلى القول الثاني يفسخ نكاح الثانية ، والثالثة ، والرابعة ، ويبقى نكاح الأولى .
ولو غيرنا الصور في الترتيب والجمع ، وصورنا الجمع في ثلاث ، ثم إرضاع
ي ٢٨١ الرابعة ، أو عكس ذلك ، لم يخف حكمه ، فإذا أرضعت/ ثلاثاً جمعاً ، انفسخ
نكاحهن ، فإذا عادت فأرضعت الرابعة ، لم يفسخ نكاحها ؛ إذ لا اجتماع لها مع
أخت .

ولو أرضعت واحدةً ، ثم أرضعت ثلاثاً جمعاً : أما الأولى لا يفسخ نكاحها لو
فرض الاقتصار على إرضاعها ، وأما الثلاث ، فيفسخ نكاحهن ، وهل نعود فنقول :
ينفسخ نكاح الأولى ، فعلى القولين السابقين .

١٠٠٤٠- صورة أخرى : إذا كان تحت الرجل أربع صغائر ، فجاءت ثلاث خالات
للزوج من أب وأم ، هن أخوات أمه من أبيها وأمها ، وأرضعت كل واحدة منهن
صغيرة ، فلا يحرم على الزوج ؛ فإنهن يصرن بنات خالاته ، ولا امتناع في نكاح
بنات الخالات .

فلو كانت المسألة بحالها ، وقد جرى الإرضاع من الخالات كما صورنا ، فجاءت
أم أم الزوج وأرضعت الصغيرة الرابعة ، فقد صارت هذه خالة الزوج ؛ لأنها تصير
أخت أمه ؛ فتحرم هي ، وكما تصير خالة للزوج تصير خالة للصغائر الثلاث اللواتي
أرضعتهن الخالات من قبل ؛ وذلك لأنها كما^(١) صارت أخت أم الزوج ، وصارت
لذلك خالة الزوج ، كذلك صارت أخت الخالات المرضعات ، والخالات المرضعات
قد صرن أمهات الصغائر الثلاث ، وأخت الأم خالة ، وإذا صارت الرابعة خالة الصغائر
الثلاث ، صارت الصغائر الثلاث بنات أخوات الرابعة ، ولا يجوز الجمع بين الخالة
وبنت أختها ، ولكن هذا حصل برضاع مترتب ، فبطل نكاح الرابعة للخولة مع
الزوج ، والجمع مع بنات الأخوات ، وهل يبطل نكاح الصغائر الثلاث ؟ فعلى القولين
السابقين ؛ لأن ذلك حصل برضاع مترتب .

ولو كانت المسألة بحالها ، فأرضعت ثلاث خالات للزوج من الأب والأم ثلاث

(١) كما بمعنى عندما .

صغائر ، فجاءت زوجة أب أم الزوج ، وأرضعت الرابعة بلبان أب الأم ، فإنها تصير أختاً لأم الزوج من أبيها ، فتكون خالة للزوج من الأب ، وتصير أختاً للخالات المرضعات من جهة الأب ؛ فإنهن كن أخوات الأم من الأب والأم ، وتصير الصغائر الثلاث بنات أخوات الرابعة ، كما قدمنا ذلك . أما الرابعة فتحرم ، وفي الثلاث القولان المذكوران .

وبمثله لو جاءت ثلاث خالات للزوج من الأم فأرضعن ثلاث صغائر ، ثم جاءت زوجة أب أم الزوج ، وأرضعت الرابعة ، فتصير الرابعة خالة للزوج من قبل الأب ؛ فإنها أخت أمه من أبيها ؛ إذ زوجة أم الأب أرضعتها بلبان أب الأم ، ولا تصير الرابعة أختاً للخالات المرضعات ؛ فإنهن كن أخوات الأم من الأم ، والرابعة صارت أخت الأم من الأب ، فلا تثبت الأخوة بين الرابعة ، وبينهن ؛ لأنه لم يجمعهن أب ولا أم ، والأخوة إنما تنتظم إذا انتسب شخصان إلى أب واحد ببنوة الرضاع [أو انتسبا] ^(١) إلى أم واحدة بهذه الجهة ، فإذا لم يتحقق انتماء إلى أب ولا إلى أم ، فلا أخوة .

وإذا/ [كان] ^(٢) لرجل أخ من أبيه ، وكان لذلك الأخ أخت من أمه ، فأخته من أمه ٢٨١ ش أجنبية من الرجل الأول الذي فرضنا الكلام فيه ، وأخت الأخ حيث تحرم لا تحرم لأنها أخت الأخ ، وإنما تحرم لأنها بنت الأب أو بنت الأم ؛ لأن الأخوة المحرمة حرمت من حيث إنها تفرعت على الأبوة أو على الأمومة ، أو عليهما . وهذا واضح .

ولو كانت الخالات الثلاث عن أب ، فجئن ، وأرضعن ثلاث صغائر ، ثم جاءت أم أم الزوج ، وأرضعت الرابعة ؛ فإنها تصير خالة للزوج ، كما تقدم ، ولا تصير أختاً للخالات المرضعات لما ذكرناه ، ووضوح ذلك يغني عن مزيد البسط فيه .

١٠٠٤١- ولو كانت تحت الرجل أربع صغائر ، فجاءت ثلاث عمات للزوج من أب وأم وأرضعن ثلاث صغائر ، ثم جاءت أم أب الزوج وأرضعت الرابعة ، فنقول : أما الثلاث ؛ فإنهن صرن بنات عمات ، فلو وقع الاقتصار [عليهن] ^(٣) في الإرضاع - فعلى

(١) في الأصل : إذا انتسبا إلى أم واحدة .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) سقطت من الأصل .

ما مضى - لما ضرَّ شيئاً ؛ لأنهن صرن بنات عمات ، وذلك غير ضائر ، فلما أرضعت أمُّ الأب الرابعة ، صارت عمّةً للزوج ؛ لأنها صارت أخت أبيه ، فلا شك في فساد نكاحها ، وكما صارت عمّةً للزوج صارت أختاً للعمّات المرضعات ، وصارت الصغائر الثلاث المرتضعات بنات أخوات الرابعة ، فيحصل الجمع بين العمّة وبين بنات الأخوات ، ولكن حصل ذلك برضاع مرتب ؛ إذ تم الرضاع في الثلاث الأوّل ، ثم حصل الإرضاع في الرابعة ، فتحرم الرابعة بعمومة الزوج ، وبعلة الجمع .

وهل تحرم الثلاث الصغائر المتقدمات ؟ فعلى القولين الممهلين في أن الأخيرة كالمُدخلة على الأوائل أم هي مع الأوائل كالمجموعات في عقد ؟

وهذا الذي ذكرناه فيه إذا جاءت أم الأب وأرضعت الرابعة بلبان الأب ، فالجواب كما تقدم ؛ فإن في العمات المرضعات قرابة الأمومة ، وقرابة الأبوة جميعاً ، فتحصل الأخوة بأحد الطرفين .

ولو كانت العمات المرضعات من جهة الأب فجاءت أم الأب ، فأرضعت الرابعة ، لا بلبان أب الأب ، فلا تثبت الأخوة بين الرابعة وبين العمات ، وكذلك لو كانت العمات من جهة الأم ، فجاءت زوجة أب الأب وأرضعت الرابعة ، لم تصر الرابعة أختاً للعمّات ، ولم تصر المرتضعات بنات أخوات ، كما تقدم تصوير ذلك على التقرير التام في مسألة الخالات .

١٠٠٤٢- ولو كان تحت الرجل أربع صغائر ، فجاءت ثلاث خالات متفرقات ، وهن أخت الأم من أبيها وأُمها ، وأختها من أبيها ، وأختها من أمها ، وأرضعن ثلاث صغائر ، ثم جاءت أم الأم وأرضعت الرابعة ، فالقرابة التي تحرّم الجمع تثبت بين الرابعة وبين التي أرضعتها/ الخالة من الأب والأم والخالة من الأم ، ولا يثبت بينها وبين التي أرضعتها الخالة من الأب ما يُحرّم الجمع .

ولو كانت المسألة بحالها ، فجاءت زوجة أب الأم ، فأرضعت الرابعة بلبان أب الأم ، ثبت النسب المانع من الجمع بين الرابعة وبين التي أرضعتها الخالة من الأب والأم والخالة من الأب ، ولم يثبت بينها وبين التي أرضعتها الخالة من الأم سببٌ مانع .

وإذا فرضنا إرضاع الثلاث من عمات متفرقات ، انتظم مثل ما ذكرناه فيه ، إذا جاءت أم أب الزوج وأرضعت الرابعة لا بلبان الأب ، وكذلك إذا جاءت زوجة أب الأب وأرضعت الرابعة ، ثم حيث ينتظم السبب المانع ، فالرابعة تحرم من كل وجه للعمومة والجمع ، وهل يحرم اثنتان من الصغائر الثلاث على ما يقتضيه الترتيب ؟ فعلى القولين ، وعلى هذا فقس إن شاء الله .

فصل في

قال : « ولو تزوج رجل كبيرتين وصغيرتين . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٤٣- إذا نكح الرجل كبيرتين وصغيرتين ، فأرضعت إحدى الكبيرتين الصغيرتين على الترتيب ، بأن أرضعت الأولى خمساً ، ثم أرضعت الثانية خمساً ، ثم جاءت الكبيرة الأخرى وأرضعت الصغيرتين على ترتيب إرضاع الكبيرة الأولى ، فإن كان الإرضاع بلبان الزوج ، فقد حرمت الكبيرتان والصغيرتان على الأبد ، غير أن الكبيرة الأولى لما أرضعت الصغيرة الأولى ، فسد نكاحها ونكاح تلك الصغيرة ؛ فإنها صارت بنت الزوج وصارت الكبيرة من أمهات النساء ، فلما أرضعت الصغيرة الثانية ، فسد نكاحها أيضاً ، لأنها تصير بنت الزوج ، فقد حصل فساد نكاح الصغيرتين بإرضاع الكبيرة الأولى .

وحكم الغرم أن الكبيرة الأولى مدخول بها ، وإذا^(٢) كانت ذات لبن من الزوج ، واللبن درّ في النكاح ، فلا يسقط مهرها بعد الميسس ، كالردة بعد الميسس ، وتغرم نصف مهر مثل كل صغيرة على الرأي الظاهر .

والكبيرة الثانية لا تغرم شيئاً ، ولا يسقط من مهرها شيء ؛ لأنها لم تتسبب إلى إفساد نكاح واحدة من الصغيرتين ، وإنما أفسدت نكاح نفسها بعد الميسس .

وإن لم يكن إرضاع الكبيرتين بلبان الزوج ، فلا يخلو إما أن كان دخل بهما أو لم

(١) ر . المختصر : ٥٨/٥ (ثم هو بمعنى كلام المختصر ، لا بلفظه) .

(٢) في الأصل : إذا كانت (بدون واو) .

يكن دخل بهما ، فإن كان دخل بهما ، حرّمن كيف فرض الأمر ، فإن الصغيرتين تصيران من ربائب [امرأة]^(١) مدخول بها ، فتثبت الحرمة على الأبد بسبب الصهر ، وتصير الكبيرتان من أمهات النساء في كل وجه .

وإن لم يكن الإرضاع بلبان الزوج ، وما كان دخل بالكبيرتين وجرى الإرضاع في الصغيرتين من كل كبيرة : أما الكبيرتان ، فتحرمان على الأبد ، لأنهما من أمهات الزوجات .

وأما الصغيرتان ، فلا تثبت فيهما حرمة على التأبّد ، وإنما يلحقهما الخلل من جهة الجمع .

ش ٢٨٢ فنقول : إذا أرضعت / الأولى إحدى الصغيرتين [أكمل]^(٢) الإرضاع ، ثم أرضعت الثانية ، فيرتفع نكاح الأولى للاجتماع مع الأم المرضعة ، وأما الثانية ، فلا يرتفع نكاحها ؛ لأنها لا تجتمع أمّاً في النكاح ، وقد تقدم فساد نكاح الكبيرة [الأولى] . وأما الكبيرة^(٣) الثانية ، فإن أرضعت [الصغيرة]^(٤) الأولى على الترتيب الأول ، حرمت الكبيرة في نفسها على الأبد ، لأنها من أمهات النساء ، ولا نظر إلى التاريخ ، للأصل الذي مهدناه من قبل ، فإذا أرضعت الثانية ، لم يفسخ أيضاً نكاح الثانية ؛ لأنه لم يتحقق فيها محرمة ولا جمع .

ولو ابتدأت الكبيرة الثانية بالصغيرة الثانية على العكس من ترتيب الكبيرة الأولى ، فيبطل نكاح الصغيرة الثانية للاجتماع مع الأم .

ثم حكم الغرم لا يخفى ، فيسقط مهر كل كبيرة بجريان الإرضاع قبل المسيس ، ثم النظر في فساد نكاح الصغيرتين ، فكل كبيرة تسببت إلى إفساد نكاح صغيرة التزمت نصف مهر مثلها - على الرأي الظاهر - لزوجها ، والزوج يلتزم نصف المسمى للصغيرة التي فسد نكاحها ، فإننا لا نحيل على ارتضاع الصغيرة أمراً ، كما تقدم .

(١) زيادة لإيضاح الكلام .

(٢) في الأصل : « وأكمل » .

(٣) زيادة من المحقق ، لا يستقيم الكلام بدونها .

(٤) زيادة لوضوح العبارة .

فَضْلُ

قال : « ولو كانت للكبيرة ثلاث بنات مرضع من نسب أو رضاع . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٤٤- إذا نكح الرجل كبيرة وثلاث صغائر ، وكان للكبيرة ثلاث بنات مرضع فجئن ، وأرضعن الصغائر ، نُظِرَ : فإن كانت الكبيرة مدخولاً بها ، فيفسد نكاح الأربع في كل وجه ؛ لأن الكبيرة تصير جدة الصغائر ، فهي من أمهات النساء ، وتصير الصغائر ربائب مدخول بها ؛ فإن الحافدة ربيبة كال بنت ، وإذا حرمن على الأبد - كيف فرض الرضاع على ترتيب أو جمع - فالتفصيل في الغرم .

فإن أرضعن ترتيباً ، فالتى أرضعت الأولى تلتزم نصف مهر مثل الصغيرة الأولى لزوجها ، وتلتزم تمام مهر مثل أمها ؛ فإنها أفست نكاحها بعد المسيس ، هذا هو المذهب الظاهر وعليه التفريع .

ولسنا نفرع على ما حكاه صاحب التقريب عن المزني في غير المختصر ، وقيل : نقل المزني ذلك القول في المنشور ، فلا ينبغي أن يكون إليه عود في كل مسألة .

فلما أرضعت البنت الثانية ، ثم البنت الثالثة ، فسد نكاح الصغيرتين الأخريين للمحرمة ، واختصت كل مرضعة بغرامة نصف مهر المثل للتي أرضعتها ؛ وتختص مرضعة الأولى بغرامة مهر مثل الكبيرة ؛ لأنها المفسدة لنكاحها .

١٠٠٤٥- ولو لم تكن الكبيرة مدخولاً بها ، فجاءت بناتها المرضع وأرضعن الصغائر ، فهذا يفرض على الجمع والترتيب :

فإن جمعن الرضاع المحرم في الصغائر وأوقعنه معاً - وذلك يفرض في الرضعة الخامسة ؛ فإنها لا حكم [للرضعات]^(٢) قبلها - فإذا حصل الرضاع على الجمع ، فيفسد نكاح الصغائر بسبب الجمع بينهما وبين الكبيرة التي صارت جدة ، والجدة أم في

(١) ر . المختصر : ٥٨/٥ ، ونص عبارته : ولو كان للكبيرة بنات مرضع ، أو من رضاع . . .

(٢) في الأصل : المرضعات .

ي ٢٨٣ هذه/ الأبواب ، [ثم] ^(١) تنفرد كل بنت بغرامة نصف مهر التي أرضعتها ، ويشتركن في غرامة مهر الكبيرة ؛ فإن أفعالهن لم تترتب ، وقد صدر من كل واحدة ما لو انفردت ، لكان ذلك محرماً للكبيرة ، فالغرم الواجب بسبب الكبيرة مفضوضٌ عليهن .

هذا إذا حلبن ألبانهن وحصلن الرضعة الخامسة معاً ، وكذلك لو ألقمنهن الثدي ، وتحقق وصول اللبن إلى الأجواف معاً .

ولو لم تكن الكبيرة مدخولاً بها وجرى الإرضاع من البنات على ترتيب ، فإذا أرضعت واحدةً واحدةً إرضاعاً تاماً ، بطل بذلك نكاح الكبيرة والصغيرة للجمع والمحرمية : أما المحرمية ، فتحصل في الكبيرة ، لأنها تصير [من] ^(٢) أمهات النساء ، وأما نكاح الصغيرة فيبطل بالجمع ، ولا تثبت المحرمية .

فإذا جاءت البنت الثانية ، وأرضعت صغيرة ، ثم أرضعت الثالثة الثالثة ، لم يبطل نكاحهما ، إذ لا محرمية ، والكبيرة غير مدخول بها ، ولا جمع أيضاً ، ولا يثبت بين الصغيرتين سببٌ يُحرّم الجمع ؛ إذ تصير كل واحدة بنت خالة الأخرى ، والجمع بين بنات الخالات لا يمتنع .

ولو لم تكن الكبيرة مدخولاً بها ، فأرضعت بنتان صغيرتين جمعاً ، كما صورنا الجمع ، وأرضعت الثالثة الثالثة من بعد ، أما نكاح الكبيرة ، [فيرتفع للمحرمية] ^(٣) ، لا شك فيه ، ويرتفع نكاح الصغيرتين للجمع مع الأم .

وحكم الغرم أن كل مرضعة منهما تختص بغرامة نصف مهر مثل التي أرضعتها ، ويشتركان في غرامة نصف مهر مثل الكبيرة ؛ لأنهما اشتركتا في إفساد نكاحها . ولما جاءت البنت الثالثة ، وأرضعت الصغيرة الثالثة ، فلا أثر لإرضاعها ؛ فإنها لم تثبت في الصغيرة الثالثة محرمية ؛ إذ لا دخول بالكبيرة ، ولم يتحقق فيها جمع ؛ فإن نكاح الكبيرة قد تقدم ارتفاعه .

وإن صورنا الأمر على الضد من ذلك ، فأرضعت بنتٌ صغيرةً ، وجمعت بنتان

(١) في الأصل : لم تنفرد .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) في الأصل : فترتفع المحرمية .

الرضعة الخامسة للصغيرين الآخرين ، فيرتفع نكاح الكبيرة بالمحرمة ، ونكاح الصغيرة الأولى بالجمع ، ولا يؤثر إرضاع البنيتين الآخرين ؛ فإنه لا يُثبت محرمة ولا جمعاً ، وهذه الصورة في نهاية الوضوح ، وإنما نوردتها لاشتمال (السواد) عليها .

١٠٠٤٦- ثم ذكر ابن الحداد صوراً في الرضاع وما ينتظم منه من الحرمات ولست أرى ذكر واحدة منها لوضوحها ، ولولا التزامنا ذكر مسائل السواد ، لما أوردنا معظم الصور التي ذكرناها ، اكتفاء بالأصول الممهدة ، ولكن ذكر ابن الحداد فروعاً تتعلق بالمغارم مستفادة ، منها أنه قال :

إذا كان للرجل ثلاث نسوة مرضعات وصغيرة ، فأرضعت إحداهن الرضعة رضعتين ، وكذلك الأخرى أرضعتها رضعتين ، وأرضعت الكبيرة الثالثة الرضعة الخامسة ، فلا تصير واحدة من الكبيرات المراضع أمّاً ؛ فإن واحدة منهن لم تكمل الرضعات الخمس .

ولكننا نُصوّر لبانهن من الزوج ونقول : هل يصير الزوج أباً ؟ فيه / اختلاف بين ٢٨٣ ش الأصحاب ، سيأتي شرحه بعد هذا - إن شاء الله - أحد الوجهين - أنه يصير أباً لانتساب خمس رضعات إليه .

والثاني - أنه لا يصير أباً ، لأن الأبوة تبع الأمومة وسيأتي هذا .

فليقع التفريع على ثبوت الأبوة ، وتحرم الصغيرة على ذلك ؛ لأنها صارت بنت الزوج على الوجه الذي عليه التفريع .

والكلام في الغرم بعد ذلك ، فنقول : لم يتعلق بالرضعات الأربع الصادرة من الكبيرتين الأوليين إفساد النكاح ، وإنما تم الرضاع بالخامسة الصادرة من الكبيرة الثالثة ، فالذي رأيته منصوباً للأصحاب القطع بأن الكبيرة الثالثة التي هي صاحبة الرضعة الخامسة تختص بالغرم ؛ فإنها المفسدة .

ولا شك أن نكاح واحدة من الكبيرات لا يفسخ ؛ فإن الأمومة لم تثبت لواحدة .

وليس يبعد عندنا عن الاحتمال تشريك الكبيرتين الأوليين ؛ فإن الرضعة الخامسة

إنما وقعت خامسةً لتقدم أربع قبلها ، ولا حاصل لقول من يقول : الحرمة بالخامسة ، قالت عائشة : « فَنَسَخَنَ بِخَمْسٍ يَحْرَمُنَ » .

وهذا يضاهي مسألةً للأصحاب سيأتي ذكرها في مسائل أسباب الضمان من كتاب الديات ، وهي أن من شحن سفينة شحنةً على اعتدال ، فجاء آخر ووضع فيها عدلاً^(١) ، رسبت السفينة بسببه [وغرقت ، فكم يغرم]^(٢) هذا الواضع ؟ فيه تفصيل ، وقد ذهب ذاهبون من أصحابنا إلى التوزيع ، وهذا الذي ذكرناه في الرضاع احتمال ، يعتضد برجوع الشهود ؛ فإنه لو شهد أربعة على الطلاق ، وجرى الحكم ، ثم رجعوا عن الشهادات واحداً واحداً ، فالغرم على جميعهم ، وإن كان انتقاص العدد المشروط يحصل برجوع الثالث ، والمذهب ما نقلناه ، وهذا احتمال أبديناه ، وهو [دافع]^(٣) لا بأس به .

١٠٠٤٧- ولو كانت المسألة بحالها : ثلاث كبيرات وصغيرة ، فأرضعت واحدةً الصغيرة رضعة ، وأرضعت الثانية رضعة ، ثم احتلبتا لبنيهما ، واحتلبت الكبيرة الثالثة لبنها ، وجمعن هذه الألبان في ظرف ، وأرضعن الصغيرة ، فقد حصل بما صورناه خمسُ رضعات ؛ فإن الأوليين قدمتا رضعتين ، ولما جمعن ألبانهن ، فكأن كل واحدة أرضعت رضعة ، فيحصل ثلاثُ رضعات بهذا اللبن المجموع ، والتفريع على تحريم الصغيرة ، وثبوت الأبوة .

وغرضنا الكلام في الغرم ، ولا شك أنهم يشتركن في الغرم بسبب الاشتراك في الرضعة الأخيرة ، وذكر الشيخ أبو علي وجهين في كيفية فض الغرم عليهن : أحدهما - أن الغرم بينهن أثلاثاً ؛ فإنهن اشتركن آخراً عند حصول التحريم ، فالوجه فض الغرم عليهن أثلاثاً .

(١) عدلاً : عدل الشيء مساويه في الوزن والقدر ، والعدل أيضاً نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير ، وهو الجوالق ، أو الغرارة ، وهو المراد هنا (المعجم والمصباح) .

(٢) في الأصل : وغرمت وكم يغرم .

(٣) في الأصل : واقع .

والوجه الثاني - أنا نوجب على كل واحدة من الأولين [خُمسي]^(١) الغرم ، ونوجب على الثالثة خُمسَ الغرم ، وحقيقة هذا الاختلاف يرجع إلى أنا هل نُدْرَج ما تقدم من الرضعتين من الكبيرتين في الحساب الذي عليه نَقُضُ الغرم ، فمن أصحابنا من لم يدرجهما ، ولم يعتبرهما ، ونظر/ إلى الاشتراك في الرضعة الخامسة .

٢٨٤ ي

ومن أصحابنا من أدرج الرضعتين السابقتين ، وقال : إنما لا تعتبر الرضعات السابقة إذا انفردت الثالثة بالرضعة الخامسة على رأي الأصحاب ، فأما إذا وجد من الأولين - وقد صدرت منهما الرضعتان - مشاركة في الخامسة ، فنُدْخِل ما سبق في الاعتبار ، وهذا كما إذا انفردت بخمس رضعات محرّمات ، فالغرم محال على الرضعات الخمس .

وما ذكرناه تفريع على أن صاحبة الرضعة الخامسة إذا انفردت ، انفردت بالغرم .

١٠٠٤٨ - صورة أخرى لابن الحداد في المغارم : رجل تحته كبيرتان وصغيرة ، وكانتا ذات لبن من غير الزوج ، وما دخل الزوج بهما ، فأرضعت كل واحدة منهما الصغيرة أربع رضعات ، فلا يتعلق بما صدر منهما حرمة ؛ لأن واحدة لم تكمل الرضاع ، فتصير أمّاً ، وليس اللبن من الزوج ، حتى يختلف الأصحاب في ثبوت الأبوة بخمس رضعات ملفقات من رضاعهما ، فلو احتلبتا ألبانهما ، فأوجرتا الصغيرة [فلا]^(٢) تثبت الحرمة المؤبدة في حق الصغيرة ؛ لأننا فرضنا المسألة فيه إذا لم يدخل الزوج بالكبيرتين ، فليست ربيبة مدخول بها ، ولكن يبطل نكاح الصغيرة بسبب الجمع مع الأم .

ثم تشترك الكبيرتان في غرامة نصف مهر مثل الصغيرة للزوج .

وأما الكبيرتان ففيهما نظر يبين الغرض فيه بعد التنبّه لما قدمناه من أن الكبيرة إذا أرضعت بنفسها ، وفسد نكاحها ونكاح الصغيرة ، فهي لا تغرم بسبب فساد نكاحها في نفسها للزوج شيئاً ، ولكن إن كانت غير ممسوسة ، سقط مهرها ، فهذا أثر إفسادها

(١) في الأصل : « خمس » ولا يستقيم المعنى بهذا . والمثبت من تصرّف المحقق .

(٢) زيادة من المحقق ، يفسد الحكم بدونها .

نكاح نفسها ، وإن كانت ممسوسة ، فالرأي الظاهر أنه لا يسقط من مهرها شيء لاستيفاء الزوج مقابل المهر .

فإذا تجدد العهد بهذا ، فكل واحدة من الكبيرتين ساعية في إفساد نكاح نفسها ، ويرتفع نكاح صاحبتهما أيضاً ، فهل تغرم إحداهما للزوج مهر صاحبتهما الكبيرة ، أم كيف السبيل فيه ؟ قال الشيخ أبو علي : اجتماعهما على الرضعة الخامسة ، واشتراكهما فيها يوجب إحالة انفساخ نكاح كل واحدة منهما عليهما جميعاً ، لهذا موجب الاشتراك .

فإذا كان كذلك فسعى كل واحدة في فسخ نكاح نفسها يوجب إسقاط المسمى ، وسعي الأخرى في إفساد نكاحها يوجب الغرم للزوج ، فالوجه أن نوفر على السببين موجبهما ، ونقول : المسألة مفروضة فيه إذا لم تكونا ممسوستين ، وقد تحقق الاشتراك ، كما ذكرنا ، فنسقط نصف المهر المسمى بسبب ارتفاع النكاح قبل الميسس ، ويقع التصرف في النصف الباقي ، فيرجع من النصف الباقي نصف وهو الربع ، وتغرم كل واحدة لزوجها ربع مثل صاحبتهما الكبيرة ، فتستحق كل واحدة ربع المهر المسمى لها ، وتغرم ربع مهر مثل صاحبتهما .

ش ٢٨٤ قال الشيخ : هذا مما قلته تخريجاً ، ولم يتعرض / له أحد من الأصحاب ، وهذا قد نقله شيخي عن القفال على هذا الوجه بعينه ، وشبهه تدافع النكاحين بين الكبيرتين باصطدام الفارسين ، وذلك يقتضي التشطير ، كما سيأتي مقررأ .

١٠٠٤٩- قلت : هذا الذي ذكره الشيخ حسن ، ولكن لا يقف عليه الطالب إلا بالاطلاع على التفصيل ، فإن أحاط به الشيخ ولم يذكره ، فقد أخل ، وإن لم يحط به ، فإطلاقه على هذا الوجه خطأ صريح .

والغرض من هذا الفصل يبين بتقديم أصل بين ، وهو أن الكبيرة لو أرضعت الصغيرة ، وهما تحت زوج أربع رضعات ، ثم احتلبت اللبن في ظرف ، فتقدم إلى الظرف إنسان وأوجره الصبية ، فالغرم على الموجد لا على صاحبة اللبن .

فإذا تبين هذا ، عدنا إلى التفصيل المقصود في المسألة ، في مسألة الكبيرتين والصغيرة ، فإذا أرضعت كل واحدة منهما الصغيرة أربع رضعات ، نظر بعد ذلك ، فإن

احتلبت كلُّ واحدة لبن نفسها في ظرف ، ثم أوجرتا الصبية بحيث أوصلتا اللبن إلى جوفها من غير خلط ، وأقلت كل واحدة لبن نفسها ، فيجب القطع في هذه الصورة بأن [كل]^(١) واحدة من الكبيرتين لا تغرم شيئاً من مهر الكبيرة الثانية ؛ فإن كل واحدة إنما فسد [نكاحها]^(٢) بثبوت الأمومة ، وأمومة كل واحدة تثبت بإيجارها الرضعة الخامسة ، ولو انفردت إحداهما بإرضاع الصغيرة خمساً بلبان غير الزوج ، فلا تحرم الكبيرة الأخرى ، ولا أثر إذا لواحدة منهما في نكاح الأخرى في الصورة التي ذكرناها ، فلا اشتراك ، [وكل]^(٣) واحدة منفردة بإثبات أمومة نفسها ، فيسقط مهر كل واحدة منهما ، ولا تغرم إحداهما للزوج شيئاً من مهر الكبيرة الأخرى .

وكذلك لو ألقمتا ثديهما الصبية في الكرة الخامسة ، وتحقق وصول اللبن إلى الجوف معاً ، فالجواب كما ذكرنا ، وإن كنا نتحقق أن اللبنين كانا يختلطان في فُغرات^(٤) الصبي ، ثم إن كانت تجرعه مختلطاً ، فلا نظر إلى الاختلاط ، والتعليل كما تقدم .

ولو احتلبتا لبنيهما في ظرف واحتملت إحداهما الظرف وأوجرت [الصبية]^(٥) ، فالجواب أن الموجرة يسقط مهرها ، وتغرم نصف مهر مثل الكبيرة الأخرى ، لما مهدته قبل [من]^(٦) أن الغرم على الموجر .

ولو اشتركتا في حمل الظرف وفيه اللبنان ، وأوجرتا ، فلاشتراك يأتي من قبل أن هذه حملت لبن تيك وتيك حملت لبن هذه ، فيظهر الاشتراك ؛ فإن لبن كل واحدة منهما يضاف حملة إليهما ، وإحالة الغرم على الحمل وتعاطي الإيجار ، فيتجه على هذا في هذه الصورة ما قاله الشيخ ، ولا يتجه غيره . هذا حقيقة المسألة ومنتهأها .

(١) زيادة لوضوح العبارة .

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) في الأصل : في كل واحدة .

(٤) فغرات : جمع فغرة ، والفغرة فم الوادي ، والجمع فُغَر (المعجم) والمراد هنا فم الصبية في حركاته أثناء التقام الثدي .

(٥) زيادة لإيضاح الكلام .

(٦) في الأصل : في . ومع أن ابن هشام نصَّ على أن (في) تأتي مرادفة لـ (من) إلا أننا أثرنا تغييرها للإلف والعادة في زماننا هذا . والله أعلم .

فَصْلُكَ

١٠٠٥٠- إذا نكح الرجل صغيرة وكانت له خمسٌ من أمهات الأولاد ، وذوات ألبان منه ، أو كانت له زوجاتٌ مطلقات ذوات ألبان منه ، والغرض تصوير مرضعاتٍ خمسٍ ي ٢٨٥ بألبان منتسبة/ إلى الرجل ، فإذا أرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة ، فحصلت خمسٌ رضعات من خمسٍ مراضع ، فلا شك أن واحدة منهن لا تصير أمّاً ؛ إذ لم يصدر من [كل] (١) واحدة إلا رضعة واحدة ، ولكن هل تثبت الأبوة للرجل الذي انتساب الألبان إليه ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - أن الأبوة لا تثبت ؛ إذ هي تبع الأمومة ولم تثبت الأمومة ، فلا تثبت الأبوة . والوجه الثاني - أن الأبوة تثبت لتعدد الرضعات ، والألبان منتسبة إلى الرجل ، فيجب ثبوت الأبوة ، وإن لم تثبت الأمومة . فلو كان لزوج الصغيرة خمس بنات مراضع ، فأرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة واحدة ، فلا تصير واحدة منهن أمّاً ، وهل تثبت الجدودة للزوج ؟ فعلى الوجهين المقدمين .

وكذلك لو كان للزوج خمس أخوات مراضع ، فأرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة واحدة ، فالمسألة على الخلاف .

وقد قال الأئمة : إذا اتحد الجنس في المراضع ، فكن أمهات ، أو زوجات = والزوجات مع أمهات الأولاد في حكم الجنس الواحد ؛ فإن النظر إلى انتساب الولد - أو كن بنات الزوج ، أو أخواته ، فبالخلاف في كل حال على نسق واحد ، من غير ترتيب .

والذي أراه أن الألبان المنتسبة إلى الزوج أولى (٢) الصور بحصول الأبوة ؛ لحقيقة الانتساب ، حتى كأن الزوج هو المرضع ، وهذا المعنى لا يتحقق والمراضع بنات الزوج أو أخواته ؛ فإن الألبان لا تنسب إلى الزوج ، ولم يوجد إلا صدر خمس

(١) سقطت من الأصل .

(٢) في الأصل : أو إلى الصور .

رضعات من بنات شخصٍ واحد ، فكأنهن في وجه كبت واحدة في حق هذا الزوج .

وهذا تكلف ، والترتيب يحسن بدون هذا ، فلنقل : إذا أرضعت الزوجات وأمهات الأولاد رضعة رضعة ، ففيه الخلاف ، ولئن أرضعت خمس بنات ، فهذا يترتب على المسألة الأولى ، وهذه الصورة أولى بأن لا تثبت الحرمة فيها ، والفرق ما نبهنا عليه . وإذا كانت المراضع أخوات ، فانتسابهن ليس إلى الزوج ، وإنما ينتسبن إلى أب الزوج فيجري مع أب الزوج الخلاف الذي جرى في بنات الزوج من غير ترتيب .

ثم إذا ثبتت الحرمة في حق أب الزوج تعدت إلى الزوج ، فمسألة الأخوات كمسألة البنات ، ولكن بعد فهم ما نبهنا عليه .

١٠٠٥١- ولو أرضعت الصغيرة خمس مراضع من جهات مختلفة وكانت كل واحدة لو استتمت الرضاع خمسا ، لحرمت الصغيرة ، فإذا أرضعت الصغيرة رضعة زوجة ، وبنت ، وأم للزوج ، وأخت ، وجدة ، فقد ذكر الأصحاب وجهين في أن الصغيرة هل تحرم على الزوج ؟ والوجه عندنا ألا تحرم ؛ فإنه ليس ينتظم من اجتماعهن جهة مسماة في القرابة ؛ فإنه لا تثبت لواحدة منهن حرمة في نفسها ، ولا يتأتى نسبة الجهات المختلفات إلى أصل ، فتعين / لذلك ترتيب الخلاف في هذه المسألة على آخر مسألة ٢٨٥ ش ذكرناها ، ورأيناها مرتبة على ما قبلها .

والفارق ما أشرنا إليه من أن الجهات إذا اختلفت ، لم يتسق عن مجموعها جهة معلومة مقتضية للحرمة ، وإذا اتحدت الجهة ، انتظمت العبارة ، [واستدّت] ^(١) النسبة .

فإن قيل : هذا بين ، فما وجه التحريم ؟ قلنا : كل واحدة من اللواتي ذكرناهن ، لو استتمت الرضعات الخمس ، لثبتت الحرمة ، وفسد نكاح الصغيرة ، فإذا وجدت من كل واحدة منهن رضعة ، قدرنا الرضعات الخمس على الوجه الذي نتكلف توجيهه

(١) في الأصل : واشتدّت . والمثبت اختياراً منا على ضوء المعهود من عبارة الإمام . ومعنى : (استدّت) : استقامت .

[مقتضية]^(١) حرمة قرابة ، لسنا نسميها ، ولا ننسبها إلى جهة ولا نعزيها ، وليس الغرض إثبات الأسماء ، ولكن عدد الرضعات من نسوة لو استكملت كل واحدة الرضاع ، لثبتت الحرمة ، وهذا من هذا الوجه يمكن تقريره .

١٠٠٥٢- وذكر صاحب التلخيص في كتابه مسألة أجمع الأصحاب على تغليظه فيها ، وذلك أنه قال : لو نكح الرجل صغيرة ، فأرضعتها ثلاث بنات للزوج مراضع رضعة [رضعة]^(٢) ، ثم جاءت عمّة للزوج وخالة ، وأرضعتها كل واحدة منهما رضعة ، قال : في تحريم الرضعة وجهان ، وهذا مما لا يخفى غلطه فيها ؛ لأن العمّة لو استكملت الرضاع ، لم يتعلق به فساد نكاح الصغيرة ، وكذلك الخالة .

وإنما يتجه التحريم على البعد إذا صدرت الرضعات من نسوة لو استكملت كل واحدة منهن العدد ، لفسد النكاح ، وإرضاع العمّة والخالة لا أثر له ، وهو بمثابة ما لو أرضعت الصغيرة ثلاث بنات للزوج ، ثم جاءت أجنبيّتان ، وأرضعتها كل واحدة منهما رضعة ، ولست أدري كيف يقع لمثل هذا الرجل المرموق مثل هذا الغلط ، والذي يتفق وقوعه للأكابر الجواب على مذهب بعض العلماء على حساب أنه جواب صاحب المذهب ، ولا يبعد أن يميل النظر من قياس إلى قياس ، فأما العمّة والخالة ، فلا أثر لإرضاعهما بإجماع الأمة ، وليس هذا مما يُحمل الغلط فيه على زلة الفكر إذا اضطر إلى المضايق ، فإن الحكم على خلاف ما ذكره مرتجل بأوائل الفهم ، والله أعلم .

١٠٠٥٣- ومن بقية الكلام في هذه المسألة أنه إذا أرضعت الصغيرة خمس بنات للزوج ، فإن وقعت الرضعات متفرقات في أزمنة يتخللها فصول ، بحيث لو فرض أمثالها والمرضعة واحدة ، لكانت رضعات ، فالجواب في هذا ما قدمناه ، وخلاف الأصحاب على ما وصفناه .

وإن توالى الرضعات منهن في أزمنة متواصلة والارتضاع من الصبية دائم ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك : فمنهم من قال : النظر إلى المرضعات ، وهن خمس ،

(١) في الأصل : تقتضيه .

(٢) زيادة لإيضاح العبارة .

فالرضعات خمس ، ولتعدد الأشخاص أثرٌ في الحكم بتعدد ما يصدر منهم ، كما للاتحاد أثرٌ في الإيجار .

هذا ظاهر المذهب .

ومن أصحابنا من قال : إذا تواصلت الأزمنة ، لم يثبت العدد/ وحكمه . ٢٨٦ ي

فإن فرعنا على الوجه الأظهر ، فالكلام كما تقدم .

وإن فرعنا على أن ما صدر منهن لا يثبت له حكم العدد ، فلو أرضعت واحدة منهن الصغيرة أربع رضعات بعد ما تقدم منها ، فهل تثبت الحرمة ؟ فعلى وجهين ؟ أحدهما - أنها لا تثبت ؛ فإننا إذا لم نحكم بعدد الرضعات ، فكأن الصادر منهن في حكم الرضعة ، وهي مفضوضة على جماعتهن تقديراً ، ويلزم من ذلك نسبة بعض رضعة إلى كل واحدة ، والواحد لا بعض له ، فالوجه [إحباط] ^(١) تلك الرضعات ، والمصير إلى أنها وإن وقعت كأنها لم تقع ، وكذلك لو تكررت الرضعات منهن على هذه الصفة مراراً عدة ، فالجواب كما قدمنا ذكره .

هذا وجه وقد ذكرنا لهذا نظيراً في صورة تقدمت من كلام العراقيين .

والوجه الثاني - أن الواحدة منهن إذا أرضعت أربعاً بعد ما جرى - بينهن على الجمع ما جرى ، فنحكم بإثبات الحرمة ، لأنها أرضعت رضيعاً في الحولين خمساً ، ومثل هذا لا سبيل إلى [درائه بالوساوس] ^(٢) ، والتقدير .

وهذا هو الذي لا ينقدح غيره .

فإن قيل : فإذا كنا نحتسب ما صدر من كل واحدة رضعة ، فقد تعددت الرضعات . قلنا : نعم ، هو كذلك ، ولهذا كان الأصح أن الصادر منهن رضعات ، ولكن يجوز أن يقال على الوجه الضعيف : هن بمثابة بنت واحدة ترضع في دفعة لبناً كثيراً ، فإذا رُدِّدنا إلى اعتبار كل واحدة في نفسها ، ردَّدنا النظر إلى فعلها وإرضاعها . هذا منتهى القول في هذا الفصل .

(١) في الأصل : احتياط .

(٢) في الأصل : وهذا لا سبيل إلى وراه بالوسايس . والمثبت تصرف من المحقق .

١٠٠٥٤- ثم أعاد المزماني فصولاً ذكرناها في مقدمات الأصول الممهدة : منها أنه قال : لو نكح الرجل كبيرة وصغيرة ، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة ، فقد صارت الكبيرة والصغيرة أختين ، وهذه المسألة التي اختلف أصحابنا فيها على طريقين : فمنهم من قطع القول بانفساخ نكاح الكبيرة والصغيرة ، ومنهم من أفسد نكاح الصغيرة وخرّج الكبيرة على قولين .

ولو أرضعت جدة الكبيرة الصغيرة ، فسد نكاح الصغيرة وصارت خالة الكبيرة والكبيرة بنت أختها والطريقتان جاريّتان في الكبيرة ، كما قدمنا ، ولا حاجة إلى شرح ذلك .

وقد انتهى الكلام إلى هذا المنتهى .

وذكر بعده ما قدمنا ذكره من امتياز الرضاع عن النسب في مسائل تتعلق بالصهر وقد قررنا ذلك عند قوله « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

* * *

باب لبن الرجل والمرأة

قال : « اللبن للرجل والمرأة كما الولد لهما . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٥٥- قد قدمنا في صدر الكتاب ثبوتَ حرمة اللبن في جانب الفحل ، وانتشارها

منه ، وأوضحنا أن الولد إذا كان يُعزى إلى الأم بالولادة وينتسب/ إلى الأب ، فاللبن ٢٨٦ ش الدارّ عليه منسوب إليهما أيضاً ، واللفظ الذي نقله المزني على [إيجازه]^(٢) ناصئ على المغزى ، نعني قوله : « اللبن للرجل والمرأة كما الولد لهما » وحاصل القول أن اللبن تبعُ النسب ، ثم ينتشر انتشاره ، ويمتزج بالنسب ، ويختلط النسب به ، كما قدمنا ذكره ، فإن زنت المرأة ، [فولدها]^(٣) من الزنا مغزئٌ إليها في جميع الأحكام كولد الرّشدة ، وهو غير منسوب إلى الزاني ، وقد أوضحنا أن الزاني ينكح بنت الزانية ، وإن غلب أن العلوق منه ، وإن تحقق ذلك ، ففيه اختلافٌ ، والأقيس طرد الباب .

ثم النكاح وإن لم يكن محظوراً ، فهو مكروه ، وفيما نقله المزني ما يدل على أن للشافعي قولاً مطلقاً في منع نكاح ولد الزانية في حق الزاني إذا غلب على الظن أن العلوق منه ، وهذا لم يقبله الأصحاب ، ورأوا القطع بأن النكاح لا يحرم ، والكراهيةُ ثابتةٌ ، وردّ الشافعي على من لا يكره للزاني نكاحَ بنت الزانية ، وظن المزني أن ما ذكره تحريمٌ ، وليس الأمر كذلك .

فإذا تجدد العهد بولد الزنا ، فاللبن يتبعه ، فإذا أرضعت الزانية باللبن الدارّ على ولد الزنا ، تثبت الحرمة من جهتها ؛ لأن ولدها منسوبٌ إليها زانيةٌ كانت ، أو منكوحة ، أو موطوءةً بشبهة ، ولا يحرم المرتضع منها على الزاني ؛ فإن اللبن يتبع

(١) ر . المختصر : ٥٩/٥ .

(٢) في الأصل : على الجارة .

(٣) في الأصل : فولده .

النسب ، وهو غير منسوب إلى الزاني ، فاللبن الدارّ عليه غير منسوب إليه .
ولو وطئ الرجل امرأة بشبهة ، فأتت منه بولد ، والتحق النسب بالوطء ، فاللبن الدارّ على الولد النسيب في أصل المذهب وقياسه منسوب إلى الواطئ ، فإذا حصل الإرضاع به ، انتشرت الحرمة إليه انتشارها إلى الزوج .

وذكر صاحب التلخيص في ذلك قولين : أحدهما - أن حرمة الأبوة لا تثبت ، وإذا لم تثبت الأبوة ، فلا انتشار .

والقول الثاني - أن الحرمة تثبت وتنتشر .

قال الشيخ أبو علي : استبعد بعض الأصحاب القولين ، وقد رأيتهما لصاحب التقريب ، ورأيتهما في الجامع الكبير للمزني ، فهما يقربان من الاختلاف الذي كان يحكيه الأستاذ أبو إسحاق ، في أن حرمة المصاهرة هل تثبت بوطء الشبهة ، وكان من لا يثبت أبوة الرضاع وحرمة المصاهرة يقول : إثبات النسب ضرورة ، وتبرئة الرحم بالماء المحترم بالعدة ضرورة ، ولا ضرورة في إثبات المصاهرة ، ولا في إثبات أبوة الرضاع .

ولا شك أن المذهبَ المعتبرَ الذي عليه التعويل إتباعُ اللبن النسبَ ، والتسويةُ بين وطاء الشبهة والوطء الحلال فيما يتعلق بحرمان اللبن ؛ فإنّ قطع اللبن عن النسب يهدم الأصل الذي عليه تأسيس الكتاب ، وقد قال المصطفى صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

١٠٠٥٦ - ومما يتعلق بما نحن فيه الكلام في الولد المتردد [بين الزوج والواطئ

ي ٢٨٧ بالشبهة واحتيج فيه إلى القافة^(١) والتفريع على أن اللبن الدارّ على الولد / [الآتي]^(٢) من وطاء الشبهة كاللبن الذي يدر على ولد النكاح - ولا عود إلى ذلك القول القديم - .

فإذا نكحت المرأة في العدة نكاحَ شبهة ، وغشيها الزوج الثاني على الفساد

(١) زيادة اقتضاها السياق ، ولا يستقيم الكلام بدونها ، وأثبتناها على ضوء عبارة (صفوة المذهب) جزء (٥) ورقة : ١٩٧ شمال .

(٢) في الأصل : اللائي .

والشبهة ، وتردد الولد بين الزوج المطلق وبين الواطيء على الشبهة تردداً يقتضي الرجوع إلى القائف ، فإذا أرضعت المرأة باللبن الدار على هذا المولود المتردد ، ففي الأصل قولان : أحدهما - وهو الأصح أن حكم اللبن حكم الولد ، فإن ألحقه القائف بالمطلق ، فهو أب الرضاع ، كما أنه أب النسب في المولود ، فنقطع حرمة الرضاع عن الواطيء بالشبهة .

وإن لم نجد القائف ، أو وجدناه ، فتبدل وتردد ، ورددنا الأمر إلى انتساب المولود ، فإن انتسب إلى الزوج ، فأبوة الرضاع له أيضاً ، وإن انتسب إلى الواطيء بالشبهة ، فأبوة الرضاع له ، كما أن أبوة النسب في المولود له .

هذا أحد القولين ، وهو الأصل وبه الفتوى ، وهو معتضد بما أصلناه من إتباع اللبن [نسب] ^(١) المولود .

والقول الثاني في أصل المسألة - أن الحرمة تثبت للزوج المطلق والواطيء بالشبهة جميعاً ؛ فإنه لا يمتنع في الرضاع ثبوت آباء ، والأمر مشكل ، والنسبة إلى كل واحد منهما كالنسبة إلى الآخر ، فلا معنى لقطع هذا التساوي بانتساب وقول قائف .

وأما انتساب شخص إلى أبوين في النسب ، فمستحيل الكون ، فاضطررنا فيه إلى التعلق بشيء في تعيين الأب .

وهذا القول ضعيف ، وإن كان مشهوراً .

التفريع على القولين :

١٠٠٥٧- إن قلنا : حرمة الرضاع وأبوته ثابتة لهما ، فلا كلام ، ولا ينقطع ذلك بأن يلحق القائف المولود بأحدهما ، أو ينتسب المولود إلى أحدهما ، بل يستمر هذا الحكم .

ولعل هذا القائل يجري هذا في الظاهر ؛ إذ لا سبيل إلى المصير إلى أن الأبوة تثبت من جهة الرضاع باطناً لهما ، والله عليم بأن الولد لأحدهما ، ولكن هذا من

(١) في الأصل : بسبب المولود .

المسائل التي لا يتوصل فيها إلى درك الباطن ، ولا ينقطع الحكم الذي جرى في الظاهر .

وإذا كان كذلك أطلق الفقيه القول بموجب الظاهر ؛ من جهة أنه لا مطمع في ارتفاع هذا الحكم ، وهذا بمثابة قولنا في مسألة الطائر ، وقد قال زيد : إن كان غراباً فامرأتي طالق ، وقال عمرو : إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق ، وفات الطائر ، وأيس من الإحاطة به ، فالحكم الذي يُجرىه الفقهاء قاطبة أنه لا تطلق زوجة واحد منهما ، وهذا حكم متعلق بالظاهر ، وإلا فزوجة أحدهما طالق في علم الله تعالى ، غير أنه انحسم علينا مسلك الوصول إليه ، وأيسنا من الإحاطة به ، فأطلقنا الحكم بانتفاء وقوع الطلاق .

هذا حقيقة القول .

١٠٠٥٨- وإن فرعنا على القول الثاني وهو أن اللبن يتبع نسب المولود في القيافة وانتساب المولود ، فلو لم نجد قائفاً ، ومات المولود الذي كنا نتوقع انتسابه ، وقد أرضعت الأم باللبن الدار على الولد المتردد مولوداً ، فما حكمه ؟

ش ٢٨٧ أحسن مسلك / في ذلك ما ساقه صاحب التقريب ، فقال حيث انتهى التفريع إليه : في المسألة ثلاثة أقوال : أحدها - أن ولد الرضاع ينتسب [وينتمي]^(١) إلى من شاء منهما . والقول الثاني - أنه يحرم عليهما . والقول الثالث - أن الأمر موقوف .

من قال : ينتسب ولد الرضاع اعتبره بولد النسب ، فإنه ينتسب إذا تعذر القيافة ، ومن قال : يحرم عليهما ، قال : الانتساب في الولد النسب محمول على نزوع النفس ، وما يجده المولود من الميل الذي جبلت النفوس عليه لا يجده المرتضع ، فلا وجه لإثبات التحريم من الجانبين .

فإن قيل : هذا هو القول الذي حكيموه في أصل المسألة : أن حرمة الأبوة من جهة الرضاع تثبت من الجانبين . قلنا : ليس كذلك ، فإن ذلك القول المذكور في أصل

(١) في الأصل : وينتهي .

المسألة يتضمن ثبوت [الحرمة]^(١) من الجانبين ، وإن ألحق القائف الولد بأحدهما أو انتسب المولود النسب إلى أحدهما ، وهذا القول الذي ذكرناه في إثبات الحرمة من الجانبين إنما يجري إذا تعذر تعيين أب النسب بفقدان القيافة ، وانتساب الولد النسب ، فإذا انحسم مسلك التعيين ، جرى هذا القول ، والقول الأول في أصل المسألة متضمنه إثبات التحريم من الجانبين مع إمكان القائف أو جريان الانتساب عند عدم القائف .

ومن قال بالوقف فإنما حمله عليه امتناع انتماء ولد الرضاع ، وعسر عنده أيضاً الحكم بإثبات الحرمة من الجانبين ، فأطلق الوقف على ما سنبين حكمه .

قال صاحب التقريب : إن فرعنا على قول الوقف ، فماذا يصنع هذا المرتضع ، وكيف حكمه في الحل والحرمة إذا أضيف إلى الزوج أو الواطيء ؟

قال : على هذا القول ثلاثة أقوال : أحدها - أنه يخير المولود ، فإن أراد أن يستحل مواصلة أحدهما ، فعل ، [ولا يواصلهما]^(٢) على الجمع ، ولكن إن واصل أحدهما على مقتضى الاستحلال ، ثم انقطع عنه ، وأراد مواصلة الثاني ، فله ذلك ، ثم لو أراد العود إلى الأول ، فله ذلك ، فيدور عليهما ، ولا يجمع بينهما في الاستحلال ، كالسيد إذا اشترى أختين ، فإنه لا يجمع بينهما في الاستحلال ، ولكن إذا وطى واحدة ، حرمت عليه الأخرى ، فإن أراد استحلال التي حرمت ، حرّم الأولى ، واستحل الثانية .

وهذا القول ضعيف ، ووجهه الممكن أن تعميم التحريم لا سبيل إليه ، ولا مطمع في تعيين جانب ، فإذا امتنع تعميم التحريم ، وتحقق استواء الجانبين ، لم يمتنع التردد بينهما ، ويُردُّ أثر التحريم إلى المنع من الجمع ، وهذا أضعف الأقوال ؛ فإن ما تمهد من تغليظ الحكم في التحريم لا يحتمل التردد في حكم التخير والدوران من جانب إلى جانب ؛ فإنه إذا دار على الجانبين ، فقد اقتحم التحريم قطعاً ، فلا سبيل إليه .

(١) في الأصل : الحرية .

(٢) في الأصل : ولا يواصلها .

ي ٢٨٨ والقول الثاني - أنه يواصل بالاستحلال / أحد الجانبين ، ثم لا ينزل عنه ، ويتعين عليه ملازمة [ما اختاره]^(١) .

والقول الثالث - وهو الأصح - أنه لا يواصل واحداً من الجانبين ؛ فإن التحريم كائن والتعيين ممتنع^(٢) ، ومحل الحِلِّ والحَظْر محصورٌ ، والاجتهاد محسوم ، والتحريم غالب ، وهذا القول لا يمكن تمييزه عن القول الذي ذكرناه قبل قول الوقف في تعميم التحريم إذا انسَدَّ مسلكُ القيافة وانتسابُ المولود النسب ، فمقتضى القولين واحد ، وهذا في حكم المعاد .

١٠٠٥٩ - ويتنظم من مجموع ما ذكرناه - بعد التنبيه لتكرار هذا القول - أن التعيين بالقيافة والانتساب إن كان ممكناً ، فقولان ، كما مضى .

فإن انحسم إمكان التعيين ، فأقوال : أحدها - تعميم التحريم .

والثاني - التخيير في المواصلة مع تجويز التدوار على الجانبين على البدل .

والثالث - تجويز مواصلة أحد الجانبين على شرط ملازمة الجانب الذي يواصله .

وما ذكره صاحب التقريب من قول الوقف ليس يتحصّل ، وإنما الحاصل ما ذكرناه ، وتمام التهذيب يتضح بنجاز الفصل .

١٠٠٦٠ - أما ما ذكرناه من المواصلة ، فأهون تصويرٍ فيها أن يكون المرتضع غلاماً وهو يناكح بنت أحد الأبوين ، فهذه هي المواصلة .

وقد أطلقنا فيما أجريناه قولاً أنه إذا اختار جانباً ، [فله ذلك]^(٣) ، ولم نُرد قوله : اخترت ، وإنما أردنا إيقاع عقد المواصلة .

ووراء ذلك تمام البيان .

والذي ذكره صاحب التقريب والشيخ ومعظم المحققين أن التخيير الذي ذكرناه في الولد الرضيع ليس صادراً عن اجتهاد ، وإنما هو اختيار على حكم الإرادة ؛ فإن

(١) في الأصل : ملازمة فاختره . . .

(٢) في صفوة الذهب : « محتمل » .

(٣) في الأصل : له ينزل .

الاجتهاد لا مساغ له في ذلك ، ومن ادعى أن المرتضع يجد من نفسه ميلاً إلى أب الرضاع ، فالذي يأتي به خُرْقٌ ؛ فإن الميل لا يتحقق إلى المرضعة إلا عن إلفٍ ينشأ الصبي عليه ، فإن ذلك ليس من آثار الرضاع ، وفي بعض التصانيف : « أن الولد المرتضع في أوان الانتساب لا يتبع الإرادة وإنما نتبين انتسابه إلى أحد الرجلين في جهة الرضاعة على اجتهاد » هذا لفظه ، فلست أدري أنه أراد به ما يجده بزعمه من ميل النفس ، أو أراد بالاجتهاد التمسك بسبب يغلب على الظن أن الولد للأول أو للثاني ، وعلى أي وجه حُمل ، فلا أصل له ؛ فإن الميل باطل ، والاجتهاد لا أصل له في هذا الباب ؛ إذ لو كان عليه مُعَوَّل ، [لعلق]^(١) الشرع النسبَ به من غير انتساب المرتضع .

ولست في تزيف هذا مختاراً لوجه التخير ، ولكن الرأي عندي تعميم التحريم ، وإبطال التخيّر والانتساب بالارتياح والاجتهاد .

١٠٠٦١- ومما يجب التنبيه له أن الأصحاب أطلقوا في الكتب أن الرجل إذا علم أن واحدة من امرأتين أو نسوة معدودات أخته من الرضاعة ، فلا يحل له أن ينكح واحدةً منهن ، وإنما ينكح إذا اختلطت بنسوة يعسر حصرهن ، وقد مهدنا ذلك في كتاب النكاح .

والفرق بين هذا الذي ذكره ، وبين / تردد المرتضع بين الأبوين مشكل ، ولهذا ٢٨٨ ش اخترنا تعميم التحريم عند اليأس من تبين النسب بقول القائف ، أو انتساب الولد النسب .

وعند ذلك نقول : من أصحابنا من جوز نكاح إحدى المرأتين إذا كانت إحدهما أختاً ؛ أخذاً من القول الذي يجوز للمرتضع مع انحسام اليقين في النسب أن يواصل أحد الرجلين ، وهذا القائل يقول : التي تزوجها لم يتحقق فيها تحريم عنده ، والأصل عدم الأخوة ، وهؤلاء يقولون : إذا كان مع الرجل إناءان في أحدهما ماء نجس ، وفي الآخر ماء طاهر ، فيجوز استعمال أحدهما من غير اجتهاد .

وهذا المسلك مزيف ، والمذهب القطع بتحريم نكاح إحدى المرأتين ، مع اطراد الإشكال .

(١) في الأصل : تعلق .

ثم الوجه أن يضعف بهذه المسألة قول التردد في الولد المرتضع ، والممكن في الفرق أن الولد إذا تردد بين رجلين ، قلنا : يُقطع بثبوت النسب من أحدهما أيضاً ، فإن الانتساب إلى الرجال مشكل ، ومسألة الأخت مفروضة فيه إذا ثبتت الأخوة قطعاً ، حتى لو تردد المرتضع بين امرأتين قد أرضعته إحداهما ، فهذه مسألة الأخت ، وكذلك لو كان تردد الولد بين والدتين ، فيجب القطع بإبطال قول التخيير في المرتضع .

١٠٠٦٢- ومما يتم به البيان ، ويكمل به التفریع [أنا]^(١) إذا أثبتنا الحرمة من الجانبين ، فالوجه عندنا ألا نثبت المحرمية ؛ فإن الغالب التحريم ، والذي يغلب الحرمة هو بعينه يقتضي ألا نثبت المحرمية إلا بتحقيق ؛ فإن المحرمية تقتضي مداخلة واستحلال خلوة ، وهذا محذور إذا التبس الحلال بالمحذور .

واختتام الكلام أنا إذا رأينا - عند عدم القائف - للولد النسب أن ينتسب ، فليس ذلك تشهياً واختياراً ، وإنما هو رجوعٌ إلى تخير النفس وما جبلت عليه من الحذب والميل ، وسنستقصي هذا في باب القائف ، إن شاء الله .

فلئن كان في اختيار المرتضع تردُّدٌ في أنه اختيار إرادة أو اختيار اجتهاد ، فلا تردد في انتساب الولد النسب .

وهذا نجاز الفصل ، لم نغادر فيه فيما نظن طرفاً تمس الحاجة إليه .

١٠٠٦٣- ومما أورده في (السَّواد) ولد اللعان ، فإذا نفى الرجل ولداً باللعان ، انتفى عنه اللبن الدارّ عليه أيضاً ، كما انتفى الولد ، فإن عاد ، فاستلحق الولد المنفِيّ ، لحقه الولد ، ويلحقه اللبنُ أيضاً ، ومن قال : في اللبن النازل على الولد المتردد بين رجلين إنه يلحق بهما ، فلست أدري ماذا يقول إذا لاعن ونفى النسب ؛ فإنه خالف بين اللبن وبين النسب ، فألحق الولد إلحاقاً لا يتصور إلحاق النسب بجنسه ، فقد لا يبعد ألا ينتفي حرمة اللبن وإن انتفى النسب .

ويجوز أن يقال : قد أثبت الزوج باللعان أن الولد الذي جاءت به ولد الزنا ،

ي ٢٨٩ ولا حرمة للبن النازل على ولد الزنا/ في جهة من انتفى النسب عنه .

فصل في

قال : « ولو انقضت عدتها بثلاث حيض وثاب لبنها . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٦٤- مضمون هذا الفصل القول في امتداد اللبن في دروره والتحاقه بمن التحق به أول مرة ، وكيف الحكم لو طرأ طارئ يوجب لبناً جديداً ؟

ونحن نقول : إذا انتسب المولود إلى شخص ، وألحقنا اللبن النازل عليه به على ما تمهد ، ثم طلق الزوج زوجته تلك ، وتمادى الزمن واللبن دائم ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أن اللبن منسوب من جهة الأبوة إلى الرجل الأول الذي انتسب الولد إليه ، وإن امتد الزمان ، واعتقت السنون ، وهذا الحكم يطرد وإن دام اللبن عشر سنين ، فصاعداً ، ما لم تحبل المرأة .

ولو انقطع لبنها ، ثم [عاد]^(٢) اللبن من غير تجدد حمل ، فهو منسوب إلى الأول ، كما لو استمر ولم ينقطع في الأثناء .

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً غريباً عن بعض الأصحاب أن انتساب اللبن يبقى بعد الطلاق أربع سنين ، وهي المدة التي يُتصور فيها انتساب الولد إلى النكاح المتقدم ، وإذا انقضت هذه المدة ، انقطع انتساب اللبن .

وهذا قول مزيف ، لا أصل له ، وهو من نوادر خواطر من لم يُحط بالفقه ؛ فإنه بان [بالمسلك]^(٣) المعتبر أن الولد لا يبقى أكثر من أربع سنين ، فينقطع إمكان العلوق في النكاح إذا انقضت هذه المدة بعد الفراق ، وأما إمكان تمادي اللبن ، فلا أمد له ، وقد يدرّ للمرأة لبن على ولد ويدوم ذلك اللبن منها عشر سنين أو أكثر ، فلا وجه لاعتبار أحد البابين بالآخر بالتمسك باللفظ ، فلا عود إلى هذا الوجه الغريب .

(١) ر . المختصر : ٦١ / ٥ .

(٢) في الأصل : ثم بان اللبن .

(٣) في الأصل : المسلك .

والذي [نقطع]^(١) به في تفريع المسائل بعد ذلك أن اللبن منسوب إلى من انتسب الولد إليه في الأول ، وإن تمادت المدة ، ولا ضبط لها في الكثرة ، كما لا ضبط لأكثر الطهر ، ولا فرق بين أن تتواصل الألبان ، وبين أن تنقطع ثم تثوب .

ولو نكحت زوجاً ، فالنكاح لا يقطع انتساب اللبن ؛ فإنه لا أثر له في تغيير اللبن بالقطع ، وتجديد لبن بسبب جهة أخرى . نعم ، إذا حَبِلَتْ عن الزوج الثاني أو حبلت عن واطيء بشبهة ، [فالحمل]^(٢) مما يقتضي درور اللبن على [التجدد]^(٣) ، فإذا اتفق ذلك واللبن ثابت مع الحمل ، راجعنا أهل البصيرة ، وقلنا : هل حان وقت درور اللبن على الحمل الجديد ؟ فإن قالوا : لم يدخل بعد وقت درور اللبن على الحمل الجديد ، فاللبن مصروفٌ إلى الجهة الأولى ، لا خلاف فيه ، ولا فرق بين أن يكون متمادياً [و]^(٤) بين أن ينقطع ثم يرجع مهما^(٥) قطع أهل البصر بأنه لم يدخل وقت درور اللبن على الحمل الجديد .

وإن قال أهل البصر : قد دخل وقت درور اللبن على الحمل الجديد ، فنذكر صورتين ، وتفصيل المذهب فيهما ، وننبّه على دققة ، ثم نتجاوز هذا الحدّ .

١٠٠٦٥ - إحدى صورتين : أن ينقطع اللبن ، ثم يعود في وقت يجوز درور اللبن فيه على الحمل الجديد ، وفي هذه الصورة ثلاثة أقوال : أحدها - أن اللبن للرجل ش ٢٨٩ الأول ، ولا مبالاة بالحمل ، ولا بانقطاع اللبن وعوده/ ، ولا بمصير أهل البصيرة إلى أن هذا وقت درور اللبن على الحمل الجديد ، واللبن مضاف مع ذلك كله إلى الجهة الأولى ، والحكم مستمر كذلك إلى أن تلد وينفصل الحمل الجديد .

ووجه هذا القول أن الحمل ، وكل ما وصفناه معه لا يوجب انقطاع اللبن عن الجهة الأولى بأن لا يمتنع دوام ذلك اللبن ، فلا ينقطع ذلك الأصل بتجويز .

(١) في الأصل : قطع .

(٢) في الأصل : والحمل .

(٣) في الأصل : على التجرد .

(٤) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

(٥) مهما : بمعنى إذا .

والقول الثاني - أن اللبن ينقطع عن الجهة الأولى ، ويضاف إلى الحمل الثاني ، وإلى من منه الحمل ؛ فإن اللبن الأول قد انقطع ، واعترض وثبت سبب آخر يجوز درور اللبن عليه يستفتح الإضافة إلى هذه الجهة ويقطع الأولى .

والقول الثالث - أن اللبن مضاف إلى الجهتين ؛ فإنه لا يمتنع تواصل اللبن الأول مع ازدياد بسبب الجهة الثانية ، ولا وجه لإسقاط جهة وقطعها ، ولا يمنع ما ظهر تجددّه ، [فالوجه]^(١) الإضافة إليهما جميعاً لهذا بيان صورة .

الصورة الثانية : ألا ينقطع اللبن ، ويقول أهل البصر : قد دخل وقت نزول اللبن على الحمل الجديد ، ففي هذه الصورة ثلاثة أقوال : أحدها - أن اللبن للجهة الأولى ، والثاني - أن اللبن للجهتين جميعاً . والثالث - أنه إن زاد ، فهو للجهتين ، وإن لم يزد ، فهو للجهة الأولى ، ولا يخرج هاهنا قول أن اللبن للجهة الثانية وهو مقطوع عن الجهة الأولى ، لأنه لم يتخلل انقطاع اللبن ثم عوده .

ومما يجب التنبه له في التصوير أنه لو انقطع اللبن في أول العلوق ، وفي وقت لم يدخل فيه وقت نزول اللبن على الحمل ، ثم عاد في وقت لم يدخل بعد وقت النزول على الحمل الجديد ، فلا حكم لذلك الانقطاع ، وسبيله كسبيل ما لو تواصل اللبن .

وإذا انقطع ، ثم امتد الانقطاع ، وعاد في وقت ، فقال [أهل البصر]^(٢) : يجوز نزول اللبن في هذا الوقت على الحمل الجديد ، فهذا هو الصورة الأولى ، وفيها الأقوال الثلاثة : أحدها - أن اللبن مقطوع عن الجهة الأولى ، ملحق بالجهة الثانية ، فهذا بيان الصورتين ، وتفصيل الحكم فيهما .

١٠٠٦٦ - وأما الدقيقة التي وعدنا بيان أمرها ، فهي أنا قلنا : إذا قال أهل البصر : يجوز درور اللبن على الحمل ، فحكمه ما وصفناه ، فليعلم الناظر أنه لا ينتهي الأمر في زمان الحمل إلى القطع بأن اللبن نازل على الحمل الجديد ، وإنما تنتهي خبرة [أهل البصر]^(٣) إلى الحكم بتجوز النزول ، نعم ، يطلقون القول في أوائل مدة الحمل بأن

(١) في الأصل : والوجه .

(٢) زيادة لإيضاح العبارة .

(٣) في الأصل : وإنما ينتهي خبرة البصير . والمثبت تصرف من المحقق .

اللبن لا ينزل بعدُ على هذا الحمل ، فهذا مما يمكن إطلاقه ، فأما إطلاق القول بأن اللبن ينزل على الحمل في هذا الوقت ، فهذا مما لا سبيل إليه ، وقد تلد المرأة ولا ينزل لها لبن ، ثم ينزل اللبن بعد الوضع .

هذا كله قبل الولادة ، فإذا ولدت ، فاللبن مقطوع عن الجهة الأولى بلا خلاف ، ملحق بالولد الثاني منسوب إلى من ينتسب إليه ، فانتظم إذاً طرفان على النفي ي ٢٩٠ والإثبات ، وواسطتان بينهما/ : فأما الطرف الأول ، ففيما قبل العلوق ، [فاللبن]^(١) مضاف إلى الجهة الأولى ، والطرف [الآخر]^(٢) إذا ولدت ولداً منتسباً إلى آخر [فكل]^(٣) لبن يدرّ بعد ذلك منسوب إلى الولد الثاني مقطوع عن الجهة الأولى ، فهذان الطرفان .

والواسطتان تقعان في زمان الحمل ، فاللبن في أوائل الحمل قبل دخول وقت نزول اللبن على الحمل ملحق بالطرف الأول ، وإذا دخل وقت إمكان نزول اللبن على الحمل ، فالواسطتان الصورتان اللتان ذكرناهما . وهذا نجاز الفصل عقداً وتفصيلاً .

* * *

(١) في الأصل : واللبن .

(٢) في الأصل : الأخير .

(٣) في الأصل : وكل .

باب الشهادة في الرضاع

قال الشافعي : « وشهادة النساء جائزة . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٦٧- الرضاع يثبت بشهادة أربع نسوة عدول ، وقال أبو حنيفة^(٢) : لا يثبت الرضاع بشهادة النساء المتجردات ويثبت بشهادة رجلين وشهادة رجل وامرأتين ، وحكى صاحب التقريب عن الإصطخري أنه كان يقول : لا يثبت الرضاع ولا عيوب النساء والأمور الباطنة منهن بشهادة الرجال ، وإنما يثبت بشهادة النساء المتمحضات ، وهذا متروك عليه ، غير معتد به ، ثم شهادة الرضاع تفرض على الحسبة ، كالشهادة على الطلاق ، [و]^(٣) تفرض متعلقة بالدعوى كالشهادة على الطلاق ، وسيأتي بيان هذه المراتب على حقائقها في كتاب الشهادات ، إن شاء الله .

ثم قال الأصحاب : الكلام فيمن هو من أهل الشهادة ، وفي كيفية تحمل الشهادة ، وفي كيفية إقامة الشهادة :

١٠٠٦٨- فأما من هو من أهل الشهادة ، فالغرض أن نذكر أن أم الزوجة وابنتها لو شهدتا على رضاع يحرمها على زوجها ، فالقول في ذلك مفصل ، فإن ادعت المرأة الرضاع وأنكر الزوج ، فلا يُقبل شهادة أمها وابنتها ، فإن هذه شهادة لها وشهادة الأمهات والبنات مردودة للأولاد والأصول .

ولو ادعى الزوج الرضاع ، وأنكرته المرأة لغرض المهر ، فشهد على الرضاع أمها وابنتها ، فالشهادة مقبولة ، فإن شهادة الفروع والأصول مقبولة على الشخص وإن لم تكن مقبولة له .

(١) ر . المختصر : ٦٣/٥ .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٢٢١ ، المبسوط : ١٣٧/٥ .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

وإن لم توجد دعوى الرضاع من الرجل ولا المرأة ، ولكن شهدت الأم والبنت على الرضاع المحرم حسبةً ، فالوجه عندنا قبول هذه الشهادة ؛ فإنها ليست بأن يقال : هي لها أولى من أن يقال : هي عليها ، والوجه أن يقال : ليست لها ولا عليها ، وإنما هي شهادة أقيمت لله تعالى ، فهذا المقدار غرضنا من هذا الفصل .

١٠٠٦٩- فأما القول في تحمل الشهادة ، فينبغي أن يكون التحمل على علم وبصيرة ، فإذا رأت المرأة أو الرجل الرضيع قد التقم الثدي من ذات لبن ، وهو يمتص والصبي ينهش والحنجرة تترقى وتنخفض ، وقد ينضم إليه جرجرة عند البلع والتجرع ، فهذا القدر يفيد العلم بوصول اللبن إلى الجوف ، ومن ظن أن هذا اكتفاءً في التحمل بغلبة الظن ، فليس على بصيرة في الباب ؛ فإن القرائن التي ذكرناها تثبت العلم الحقيقي بوصول اللبن ، نعم ، قد يكتفي الشاهد بالظنون الغالبة فيما لا يتصور فيه العلم ، ثم يسوغ له أن يجزم الشهادة ، وعلى هذا النحو يتحمل الشاهد الشهادة إذا شاهد اليد والتصرف على ما يقرر في موضعه ، وهذا لا يفيد العلم بالملك ، ولكن يجوز الشهادة على الملك إذا اجتمعت هذه الأسباب .

١٠٠٧٠- فأما القول في صيغة الشهادة المقامة على الرضاع ، فلتكن الشهادة مجزومة ، ولو وصف الشاهد أو الشاهدة [الأحوال]^(١) التي وصفناها عند التحمل ، لم تصح الشهادة .

فإن قيل : هلا صحت والشهادة لا تعتمد غيرها ؟ قلنا : نعم تلك الأحوال تفيد العلم لمن يعاينها ، [ويدرك بالعيان منها أموراً]^(٢) دقيقة هي المفيدة للعلم ، والعبارات لا تدركها ، فلا بد من جزم الشهادة ، كما وصفناها .

ثم في هذا الطرف تردّد في أمر أصفه ، وهو أنا هل نشترط أن يصرح الشاهد بوصول اللبن إلى جوف الصبي ، أم يكفي أن يقول : أشهد أن فلانة أرضعته خمساً في الحولين ؟ هذا مما يتردد فيه فحوى كلام الأئمة ويظهر أثر التردد على تفصيل .

(١) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

(٢) في الأصل : ويدري العيان منها أموراً . والمثبت من صفوة المذهب .

فإن وقع التصريح بذكر وصول اللبن إلى الجوف ، فهو المراد .

وإن ذكر الشاهد أو الشاهدة لفظ الإرضاع ، واستراب القاضي ، وجوز أن يكون الإرضاع غير مفضٍ إلى وصول اللبن إلى الجوف المعتبر ، فله أن يستفصل الشاهد ، هذا لا خلاف فيه ، وسيأتي كشفه في موضعه من الشهادات ، إن شاء الله .

ولو فرضت الشهادة على الإرضاع ، ثم مات الشاهد قبل الاستفصال ، وفات إمكان الرجوع إليه ، فهل يجوز التوقف في الشهادة والحالة هذه ؟ هذا هو الذي يظهر فيه تردد الأصحاب ، وقد يعتضد وجوب الحكم بالإرضاع وإن لم يَجْرِ للوصول إلى الجوف ذكرًا بما قدمنا ذكره من أنه يجوز الاقتصار على معاينة الأحوال التي وصفناها في تحمل الشهادة على الإرضاع ، وإن كان معاينة وصول اللبن إلى الجوف ممكنة بخلاف تحمل الشهادة على الزنا ، فإن من عاين أحوالاً تماثل أحوال المرضع والمرتضع ، لم يجز له أن يعتمد عليها في الشهادة على الزنا ، حتى يعاين ذلك منه في ذلك منها ، كالمَرُود في المُكْحَلَة والشَّطْنُ في البئر ، والذي يعتضد ذلك أن اشتراط هذا التأكيد في التحمل في الزنا ، واشتراط التصريح في صيغة الشهادة ، وإثبات مزيد العدد ، كل ذلك يشعر بأن للشرع غرضاً في دفع الزنا ودفع حدّه ، والأمر في الرضاع على التغليب ، والحظر على التغليب .

فانتظم إذاً وجهان : أحدهما - أن الشهادة لا تثبت ما لم يصرح الشاهد بوصول اللبن إلى الجوف ، [وهذا]^(١) ما ذكره الصيدلاني .

والثاني - أن الرضاع يثبت بالشهادة على الإرضاع والارتضاع إذا عسر الاستفصال ،

كما سبق تصويره .

٢٩١ ي

١٠٠٧١- ومما يتعلق بهذا الفصل وله ارتباط بالأصل الأول أيضاً ، وهو أن التي

أرضعت لو شهدت على وصول اللبن إلى جوف الصبي على الحد المحرّم عدداً وزماناً ، فشهادتها مقبولة عندنا ، وهو مذهب جماهير العلماء .

فإن قيل كيف يقبل شهادتها وهي تثبت فعل نفسها ، وتعرض للإخبار عنه ؟ قلنا :

(١) في الأصل : فهذا .

ليس الغرض من شهادتها فعلها ، وإنما الغرض وصول اللبن إلى جوف الصبي ، وإذا كان قد يتفق الوصول إلى جوفه من غير صاحبة اللبن ، فلا أثر لإرضاعها ، ولا يختلف به حكم كان أو لم يكن .

وليس كما لو شهد القاضي بعد الانعزال على أنه قضى لفلان ؛ فإن شهادته مردودة لتضمنها إثبات فعله ، والمعول على قضائه وتنفيذه ، فكانت الشهادة من القاضي على ثبوت القضاء مردودة ، فإن تنفيذ القضاء هو المطلوب ، ووجه تعلق ما ذكرناه في المرضعة بهذا الفصل أنها لو قالت : أشهد أنني أرضعت فلانة ، أو أوصلت اللبن إلى جوفها ، فشهادتها مقبولة على هذه الصيغة .

وفي بعض المصنفات أنها إن قالت : أشهد أن فلانة ارتضعت مني ، فالشهادة مقبولة ، لأنها في صيغتها لم تتضمن إثبات فعل مضاف إلى الشاهدة ، ولو قالت : أشهد أنني أرضعت فلانة ، فهذه الشهادة مردودة ، فإنها تضمنت إثبات فعل مضاف إلى الشاهدة .

وهذا غلط محض ، لم يتعرض له أحد من الأصحاب ، وقد ذكرنا أن الإرضاع لا أثر له ، وإنما الأثر للوصول ، فلا يضر التعرض لما لا يتعلق بالحكم به .

فصل في

قال : « وذكرت السوداء أنها أرضعت رجلاً . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٧٢- مضمون الفصل أن الرضاع إذا كان مشكوكاً فيه أصلاً ، أو كان تمام العدد مشكوكاً فيه ، فلا يقع القضاء بالتحريم ، ولكن يتأكد استحاث الشرع على التورّع ؛ فإن الرضاع لو ثبت ، تأبدت حرمة ، وعظم وقعه ، [فالتماذي]^(٢) على خلاف الورع مصادمة خطر عظيم .

واستدل الشافعي على تأكيد الأمر بالتورّع بما روي أن رجلاً تزوج بابنة أبي إهاب بن

(١) ر . المختصر : ٦٤ / ٥ .

(٢) في الأصل : بالتماذي .

عزیز ، فجرت بينها وبين امرأة سوداء في جوارها خصومة ، فأشاعت السوداء الخبر في الجيران : أني أرضعُها وزوجها ، فسمعه الرجل وساءه ذلك ، فسأل أهله وأهلها ، فقالوا : لا نعلم أنها أرضعتك ، وذلك بمكة ، [فركب]^(١) إلى المدينة ، وقال : يا رسول الله إني تزوجت بابنة أبي إهاب بن عزيز ، وزعمت امرأة سوداء أنها أرضعتني وإياها ، فوالله ما أرضعتني ولا أخبرتني قبل ذلك ، فأعرض عنه صلى الله عليه وسلم ، فأعادها ، فقال في الثالثة أو الرابعة : « كيف وقد زعمت السوداء أنها أرضعتكما » وفي رواية : « فكيف وقد قيل »^(٢) فطلقها بين يدي رسول الله صلى الله عليه ، ونكحت زوجاً غيره .

والحديث دل على فوائد : إحداها - أن الرضاع لا يثبت بالإمكان / ، والدليل عليه ٢٩١ ش إعراض رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وتردده ، وترك جزم القول بالتحريم ، ثم دلت حاله ومقاله على تأكيد الأمر بالتورع ، ثم فهم الرجل وجه الاحتياط في ذلك المجلس أو كان علمه من قبل ، فطلقها ، وسكوت رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما جرى دليل آخر على أن الرضاع لم يكن محكوماً به ؛ إذ لو كان ، لما كان للطلاق معنى ، ودل أن مقتضى الورع التطليق ، فإنها لو تركت تحت الإشكال والاحتمال ، لأضر ذلك بها ، ولو سُيِّت ، لم يحل لها أن تنكح .

١٠٠٧٣- ثم ذكر أن الزوجين لو تقاررا على الرضاع ، ثبت وابتنى عليه فساد النكاح^(٣) ، ثم لا يخفى حكمه ، ولو رجعا عن الإقرار ، لم يُقبل رجوعهما ، وقد ذكرنا في كتاب الطلاق والرجعة أن المرأة لو ادعت انقضاء العدة ، حيث تُصدَّق وأبطلت رجعة الزوج ، فلو رجعت عن قولها ، [فهل]^(٤) يقبل رجوعها ، وذكرنا

(١) في الأصل : وكتب إلى المدينة .

(٢) حديث زوج ابنة أبي إهاب رواه البخاري (الشهادات ، باب إذا شهد شاهد أو شهود بشيء ، وقال آخرون ما علمنا بذلك ، يُحكم بقول من شهد ، ح ٢٦٤٠) وانظر التلخيص ١١/٤ حديث رقم ١٨٤٣ .

(٣) ر . المختصر : ٦٥/٥ .

(٤) في الأصل : فقد .

تفصيل المذهب فيه إذا أقر الرجل بالطلاق الثلاث ، ثم رجع ، أو زعمت المرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً ، وذكرت ذلك بعد البينونة ، ثم كذبت نفسها ، وأرادت أن تعود إلى الزوج ، ففي ذلك كلام قدمناه على الاستقصاء ، فلا نعيده .

١٠٠٧٤- ثم ذكر الشافعي التداعي بين الزوجين في الرضاع نفياً وإثباتاً ، وقال : « إذا ادعى الزوج جريان رضاع وقضده إسقاط المسمى ، فأنكرت المرأة ، فالأصل عدم الرضاع ، وهي تحلف بالله : لا تعلم أن رضاعاً جرى وإذا كانت تنفي فعل الغير فيمينها على النفي »^(١) .

فإن قال قائل : أستم قلتم : مطلوب الرضاع بالشهادة إثبات وصول اللبن إلى جوفها ، ولا أثر للإرضاع كان أو لم يكن ، وهذا يتضمن أن تنفي هي وصول اللبن إلى جوفها ، أو تنفي ارتضاع نفسها ، ولو كان كذلك ، فالقياس يكون اليمين على البت . قلنا : لا حكم لارتضاعها ، ولا يتصور أن تكون على علم في وصول اللبن إلى جوفها في الوقت المعتبر ، فإن التمييز يبتدىء بعد مدة الرضاع بسنتين ؛ فتكليفها بتّ اليمين لا معنى له ، وإذا كنا نكتفي بنفي العلم في فعل الغير بسبب تعذر الاطلاع على نفي فعل الغير ، فهذا المعنى أظهر فيما فيه الكلام ، فإذا آل الأمر إلى اليمين ، فلا أثر لارتضاعها ، ولما ثبت منها ، لما أشرنا إليه ، ومعتد اليمين نفي الإرضاع ، وصيغة اليمين في مثل ذلك تجري على نفي العلم ، فإن حلفت على ما وصفناه ، فلا كلام .

وإن نكلت عن اليمين ، رددنا اليمين على الرجل ، فيحلف على البتّ أن الرضاع المحرّم كان ، وحكى الصيدلاني أن القفال ، كان يقول : إذا ارتدت اليمين على الزوج ، فالأولى أن يقول : « بالله أني أعلم أن الرضاع المحرّم قد كان » وقصد بهذا أن يكون يمين الرد على الضد من يمينها ؛ فإنها لو حلفت ، لقالت : لا أعلم أن الرضاع كان ، فليقل الزوج : أعلم أنه كان ، فظاهر ما نقله الصيدلاني أن هذا من طريق الإمكان/ ، وفي بعض التصانيف عن القفال ما يدل على اشتراط ذلك .

(١) هذا معنى قول الشافعي في المختصر : ٦٥ / ٥ . وليس بلفظه .

وهذا عندي كلام [منحرف^(١)] عن الصواب ، سواء قدر اشتراط ذلك ، أو قيل :
الأولى ذلك ؛ فإن الزوج إذا قال : بالله لقد كان الرضاع ، فهذا إخبار منه على علمه
بكون الرضاع ، فأى أثر لقوله : « أعلمه » . فإن حُمل على الأولى ، فليست أرى فيه
وجهاً يقتضي هذا من طريق الأولى ، والمعنى هو المتبع .

ثم لا يختص هذا المحكي عن القفال بهذه الصورة ، بل كل يمين هو في جانب
المدعى عليه على نفي العلم ، وفي جانب المردود عليه على البت ، فهو جارٍ على
النحو الذي وصفناه .

* * *

(١) في الأصل : محرّف .

باب رضاع الخنثى

قال الشافعي : « إن كان الأغلب من الخنثى أنه رجل . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٠٧٥- الرجل إذا درّ له لبنٌ وأرضع به ، فالمذهب الصحيح أنه لا تعويل عليه ، ولا حكم له ؛ فإن الرضاع يتبع الولد ، وإذا لم ينزل اللبن ممن يتصور منه الولادة ، فوجوده وعدمه بمنزلة .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً أن الحرمة تتعلق بلبن الرجل قياساً على لبن المرأة ، وسيتجه هذا [بعض]^(٢) الاتجاه بالمسائل التي سنذكرها بالبكر والثيب التي لم تلد قط إذا در لهما لبن ، ففي تعلق الحرمة بذلك اللبن وجهان ظاهران : أحدهما - أن الحرمة تتعلق به نظراً إلى الجنس . والثاني - أن الحرمة لا تتعلق به ؛ فإنه لم يتبع مولوداً ، فلا حكم له .

ولو أجهّضت المرأة جنيناً يُحكم بكونه ولداً ، ودرّ اللبن ، ثبت الحكم .
والصبية إذا نزل لها لبن ؛ فإن كانت على سن يُتصوّر بلوغها فيه ، فلبنها كلبن البالغة التي لم تلد ، ونزل لها لبن .

ومن أسرار المذهب أن اللبن إذا جرى الحكم به ، فهو على تقدير إمكان البلوغ ، ولكننا لا نحكم بالبلوغ في سائر القضايا التي يشترط البلوغ فيها ، ولا نقول : اللبن علامة البلوغ ، وكيف يقدر ذلك والغالب أن اللبن لا ينزل إلا على ولد ، ولا ولد قطعاً في الصورة التي ذكرناها .

والتحقيق فيه أنا نثبت اللبن بإمكان البلوغ ، ولا نعلّق به الحكم بالبلوغ ، وهذا كما أنا نلحق ولد الزوجة بالزوج إذا كان استكمل عشرين عاماً بإمكان البلوغ في أثناء السنة

(١) ر . المختصر : ٦٥ / ٥ .

(٢) في الأصل : بعد .

العاشرة ، ثم إذا جرى حُكْمنا بذلك ، لم يصِرْ هذا حكماً بالبلوغ في سائر الأحكام ؛ فإن الحكم بالنسب لا يستدعي العلم بالبلوغ ، بل يُكتفى بإمكان البلوغ ، ثم إمكان الشيء لا يتضمن وقوعه قطعاً .

ومما يتعلق بما نحن فيه أنه لو نزل لابنة الثمان لبن ، فالبلوغ غير ممكن ، وقد اختلف أصحابنا ، فذهب بعضهم إلى أنه لا حكم له ، وقال آخرون هذا بمثابة [البن]^(١) الرجل ؛ فإن هذا اللبن من غير إمكان الحمل ، فصار كلبن الرجل .

١٠٠٧٦- وأما الخنثى إذا نزل له لبن ، فإن كان قد بان كونه ذكراً أو أنثى ، فلا يخفى حكم اللبن على موجب الأصول المقدمة .

وإن كان على الإشكال ، فلا نحكم للبن بحكم مَبْتُوت . وكان يحتمل أن يقال : الغالب أن اللبن إنما ينزل للنساء [فَنُزِلَ]^(٢) اللبن - إذا نزل - منزلة نهودِ الثدي ، وفي ٢٩٢ ش دلالة اختلاف قدمناه في مواضع ، فإن جعلنا نزول اللبن علامة معتبرة ، فيفيد اللبن ثبوت الأنوثة ، ثم يتعلق به ما يتعلق بلبن المرأة إذا لم تحبل .

وإن لم نجعله علامة على الأنوثة ، فلا تثبت الحرمة مع الإشكال ، إلا إذا علقنا الحرمة بلبن الرجل .

فهذا بيان مسائل الباب ، وانتظم من مجموعها أن اللبن [الدارَّ على]^(٣) الولد هو الأصل ، واللبن من المرأة من غير ولد على الاختلاف ، والأظهر أنه تتعلق الحرمة به . ولا حكم للبن الرجل ، وفيه وجه غريب غير معدود من المذهب .

واللبن على سن إمكان البلوغ كاللبن بعد البلوغ ، ولبن الخنثى المشكل مجرّئ على الإشكال ؛ فإن الحرمة لا تثبت مع التردد ، والله أعلم .

* * *

(١) في الأصل : ابن الرجل .

(٢) عبارة الأصل : . . . الغالب أن اللبن إنما ينزل للنساء فيتزل اللبن اللبن إذا نزل . . .

(٣) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

كتاب النفقات

١٠٠٧٧- الأصل في النفقات الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، فأما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ أَذَنُكَ وَلَا تَعُولُوا ﴾ [النساء : ٣] قيل : معناه ذلك أدنى أن لا يكثروا عيالكم ، فلا تستقلوا بالنفقات .

وجاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه ، وقال : « يا رسول الله معي دينار ، فقال : أنفقه على نفسك ، فقال : معي آخر ، فقال : أنفقه على أهلك ، فقال : معي آخر ، فقال : أنفقه على [خادمك] ^(١) ، فقال : معي آخر ، فقال : افعل به ما شئت ^(٢) . وجاءت هند بنت عتبة لما فتحت مكة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جماعة من النسوة من قريش ليبايعنه فقال عليه السلام : « أبايعكن على أن لا تسرقن » فقالت : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سرّاً ، فهل علي في ذلك شيء ، فقال عليه السلام : « خذي ما يكفيك وولّدك بالمعروف ^(٣) » ، وروي أنه لما عرفها قال : « إنك لهند » ، قالت : نعم ، والإسلام يجب ما قبله . وروي أنه قال صلى الله عليه وسلم : « أبايعكن على أن

(١) في الأصل : ذلك ، والتصويب من عبارة المختصر للمزني .

(٢) حديث أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : معي دينار... الحديث . رواه الشافعي وأحمد والنسائي وأبو داود وابن حبان والحاكم من حديث أبي هريرة (ر . ترتيب مسند الشافعي ٦٣/٢ ح ٢٠٩ ، أحمد : ٢٥١/٢ ، ٤٧١ ، وقد صححه الشيخ أحمد شاكر (٧٤١٣ ، ١٠٠٨٨) . أبو داود : الزكاة ، باب في صلة الرحم ، ح ١٦٩١ ، النسائي : الزكاة ، باب : تفسير ذلك ، ح ٢٥٣٥ . ابن حبان : ٤٢١٩ ، الحاكم : ٤١٥/١ وصححه ووافقه الذهبي ، وانظر التلخيص : ١٧/٤ ح ١٨٥٣) .

(٣) هذا الجزء من حديث هند بنت عتبة متفق عليه من حديث عائشة ، وله عندهما ألفاظ (البخاري : النفقات ، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، ح ٥٣٦٤ . مسلم : الأقضية ، باب قضية هند ، ح ١٧١٤) .

لا تزنين ، قالت : أي!! أو حُرَّةٌ تزني ، فقال : أباعكن على أن لا تقتلن أولادكن ، فقالت : ربناهم صغاراً ، فقتلتموهم كباراً»^(١)

وأجمع المسلمون على أصول النفقات .

ثم الأسباب الموجبة للنفقة على الخصوص : الزوجية ، والقربة ، والملك . فالزوجية توجب النفقة للزوجة على الزوج ، والملك يوجب نفقة المملوك على المالك ، وأما القربة ، فيتصور وجوب النفقة بها من الجانبين على البدل ، فالابن الفقير يستحق النفقة على الأب الغني ، والأب الفقير يستحق النفقة على الابن الغني .

والمملوك لا يجب عليه الإنفاق بالقربة ، وإنما يجب عليه الإنفاق بسبب الزوجية على الزوج ، وقد نقول : المكاتب ينفق على ولده المكاتب ، وليس ذلك للولادة ، ي ٢٩٣ وإنما هو لأن ولده في حق المملوك له ، وإن كان لا يبيعه [و]^(٢) يستكسبه ، كما يستكسب المماليك ، والقول في ولد المكاتب والمكاتبة من أعظم أقطاب الكتابة ، وسيأتي مستقصى ، إن شاء الله عز وجل .

* * *

(١) الحديث بتمامه على نحو ما ساقه الإمام رواه ابن سعد في طبقاته بسند صحيح ومرسل عن الشعبي وعن ميمون بن مهران . قاله الحافظ في الإصابة في ترجمة هند (ر . طبقات ابن سعد : ٩/٨ ، الإصابة : ٤٢٥/٤) .

(٢) زيادة لاستقامة الكلام .

باب قدر النفقة من ثلاثة كتب

١٠٠٧٨- قال الشافعي : « النفقة نفقتان ، نفقة الموسع ونفقة المُقْتِر . . . إلى آخره »^(١) .

صدر الشافعي الكتاب^(٢) بنفقة الزوجات ومؤنهن ، فلتقع البداية بالنفقة ، والقول فيها يتعلق بأصول : أحدها - في المقدار ، والثاني - في الجنس ، والثالث - في نفقة الخادمة ، والرابع - في الأُدم^(٣) ، والخامس - في كيفية إيصال النفقة إلى [الزوجة]^(٤) . فأما القول في المقدار ، فقد ذهب أبو حنيفة^(٥) إلى أن نفقة الزوجة لا تتقدر ، وإنما الواجب كفايتها ، وذلك يختلف بالرغبة ، والزهادة ، وإن وقع نزاع ، رُد مقدار الكفاية إلى اجتهاد القاضي وفرضه ، وقد ثبت عند الشافعي بطلان المصير إلى الكفاية ؛ فإن المرأة لو كانت لا تحتاج إلى النفقة في يوم أو أيامٍ لعارضٍ بها ، فلها طلب [حقها]^(٦) من النفقة ، ولها طلب التملك ، ثم تصنع بالنفقة ما تشاء .

ولو أكلت من مالها ، لم يسقط حقها من النفقة ، وكل ذلك ينعكس بنفقة الأقارب والمماليك ، فلما تحقق عند الشافعي بطلان اعتبار الكفاية ، ولم يجد في الشرع توقيفاً في تقدير نفقة الزوجات ، ولم يجد مسلكاً بعد بطلان الكفاية إلا التعلُّق بالتقدير ، ولا سبيل إلى الاحتكام به .

فإذا عسر النظر إلى الكفاية ؛ لأن أقدار الكفايات تختلف باختلاف الأشخاص ،

(١) ر . المختصر : ٦٩/٥ .

(٢) في الأصل : صدر الشافعي به الكتاب .

(٣) جمعُ (الإدام) .

(٤) في الأصل : الزوج .

(٥) ر . البدائع : ٢٣/٤ ، فتح القدير : ٣٧٩/٤ .

(٦) في الأصل : فلها طلب وحقيقتها من النفقة .

وتختلف الحاجات ، وقد ينتفى أصلها ، فرأى الرجوع إلى الطعام الشرعي ، وهو ما أوجبه الله في الإطعام في الكفارات ، ولسنا ننكر أن الشارع رأى هذا قصداً وسطاً في الكفاية على الجملة ، فكان التعلق به أولى متعلق .

ثم قال الشافعي : « في نص القرآن ما يدل على الفرق بين الموسع والمقتّر »^(١) ، فإنه عز من قائل قال : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ ﴾ [الطلاق : ٧] فاقترضى مضمون هذا الخطاب الفرق في الإنفاق بين الموسع والمقتّر ، ثم نزل الشافعي نفقة المعسر على المدّ ؛ فإنه أقلّ مبلغ في الإطعام الشرعي ، وطلب للموسع [متعلقاً]^(٢) شرعياً ، [ورأى في فدية الأذى صرف مدين]^(٣) إلى كل مسكين ، فاتخذته معتبره ، ثم خطر له توسط بين الموسع والمقتّر ؛ فإن ما يختلف باليسار والإقتار يجب أن يؤثر التوسط فيه ، وهذا يظهر تقديره ، فلم يجد في التوسط مستنداً شرعياً ، فقال : مقدار النفقة على المتوسط للزوجة مدّ ونصف .

هذا تأسيس مذهبه ، فانتظم من نصوصه التي نقلها المزني وغيره أن على المعسر ش ٢٩٣ مدّاً ، وعلى الموسع مدين ، وعلى المتوسط / لزوجته مد ونصف .

١٠٠٧٩- وإن كانت المرأة مخدومة على ما سنصف ذلك في الفصل المعقود له ، فعلى المعسر والمتوسط مدّ للخادمة ، وعلى الموسر مدّ وثلاث .
هذا الذي نقلناه أصل المذهب .

١٠٠٨٠- وقد حكى شيخ أبي محمد قولاً غريباً للشافعي مثل مذهب أبي حنيفة في أن الاعتبار بالكفاية ، والرجوع عند فرض النزاع إلى اجتهاد القاضي وفرضه .
وهذا لم أره إلا لشيخ . نعم ، حكى صاحب التقريب والشيخ أبو علي في نفقة المتوسط والزيادة على المد في نفقة الخادمة في حق الموسر أنه لا تقدير في الزيادة ، وإنما النظر إلى اجتهاد القاضي ، هذا وإن كان بعيداً في النقل ، فالحاجة ماسة إليه

(١) ر . المختصر : ٦٩/٥ .

(٢) في الأصل : مبلغاً . والمثبت من صفوة المذهب .

(٣) في الأصل : ورأى في مدته الأذى ضرب مدين . . . إلخ وهو تصحيف مضلل .

لدقة مأخذ التقديرين ، كما سنخوض فيه الآن .

فإن أصل المذهب أن المد والنصف تقدير في حق المتوسط ، والمد والثلث تقدير في حق الموسر في نفقة الخادمة ، وهذا عسر ؛ فإن الشافعي يُطالب في الوقعة فيمن يتحكم بالتقدير من غير ثبّت ، ولئن وجدنا مستنداً في المد والمدين معتضداً بنصّ القرآن في الفرق بين الموسع والمقتّر ، فالمدّ والنصف ، والمد والثلث ، لا نجد لهما مستنداً قوياً .

ثم الأصحاب ذكروا وجوهاً رأوها أقصى الإمكان في المدّ والثلث في حق الخادمة ، والذي دل عليه فحوى كلامهم في المد والنصف في حق المتوسط أنه على تردد بين المعسر وبين الموسر ، فلا يبعد أن يقتضي ترده بينهما ، تنصيف المدّ ، حتى كأنه من وجه يلتفت إلى المقتّر ، والإقتار يوجب الإسقاط ، ويلتفت إلى الموسر من وجه وذلك يوجب الإثبات ، فوزعنا المدّ الزائد في حق الموسر على الإيجاب والإسقاط ، فاقضى ذلك إيجاب نصف وإسقاط نصف ، وهذا على حال كلام منتظم .

١٠٠٨١- فأما إيجاب المد والثلث للخادمة تقديراً جازماً ، فمشكل وقد ذكر أصحابنا فيه وجهين : أحدهما - حكّوه عن القفال الشاشي أنه قال : من أصناف القياس القياس المقرّب ، وهو عندنا إن صح من أقسام الأشباه .

ثم قال : الأب والأم [في الميراث]^(١) لهما حالتان : حالة نقصان وحالة زيادة ، فإذا كان في الفريضة ابن ، فلأبوين السدسان ، وإن كان وضع الفرائض يقتضي حظّ الأم ، ولكن إذا رُدَّ الأب إلى السدس ، فكأننا نعتقد أن لا أقل منه في فرض الأبوين ، فللأم السدس ، وهذه الحالة تناظر حالة الإعسار ، والأم بمنزلة الخادمة والأب بمنزلة الزوجة ، فتستوي الخادمة والزوجة ؛ إذ لا نقصان من المد .

فإن لم يكن في الفريضة ابنٌ ، فللأب الثلثان بالتعصيب ، وللأم الثلث ، فنزيد للأب ثلاثة أمثال ما كان للأم في حالة النقصان ، أو ثلاثة أمثال ما نزيد للأم ، وهذا

(١) زيادة من المحقق .

محل تعلقنا ، فكذاك إذا فرض اليسار ينبغي أن نزيد للزوجة التي هي محل الأب ثلاثة^{٢٩٤} ي أمثال ما نزيد للخادمة التي هي بمحل الأم ، وذلك / يقتضي أن نزيد للزوجة مدّاً ، وللخادمة ثلث مد ، هذا ما حكوه عن القفال الشاشي .

١٠٠٨٢- وذكر بعض الأصحاب مسلماً آخر مأخوذاً من نفقة المتوسط ؛ فإنه يلتزم لزوجته مدّاً ونصفاً ، والموسر يلتزم مدين ، فيزيد ما عليه على ما على المتوسط بمثل ثلثه ، [وعلى^(١)] المتوسط مد ونصف ، كذلك يزداد للخادمة في حال اليسار مثل ثلث ما كان لها في حالة المتوسط ، وللخادمة على المتوسط مدّ بلا مزيد ، فلها على الموسر مثل ما لها على المتوسط ومثل ثلثه ، وذلك مدّ وثلث .

وهذا عندي - وإن ذكره كافة الأصحاب - مما لا يسوغ اعتماده والتعويل على مثله ، ولست أرى ما حكيته في درجة من درجات الأقيسة ، ولا معنى للإطناب في البيّنات ، والوجه عندي أن نقول : ما ذكره الأصحاب في نفقة المتوسط قريب لائق بهذا الأصل ، فليقع الاكتفاء به ، وأما المد والثلث ، فأقرب مسلك فيه أن نقول : إذا اتسعت نعمة الله ، لم يمتنع التوسع على الخادمة ، ثم لا ضبط يصار إليه ، ولا وجه لتبليغ الزيادة [مبلغ^(٢)] ما نزيد للزوجة في حالة التوسع ، والثلث مما يقرب النظر إليه اعتباراً بثلث المال في الوصايا ؛ فإن الرسول عليه السلام قال : « إن الله تعالى زادكم في آخر أعماركم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم »^(٣) وهذا وإن لم يكن بالبيّن ، فهو أولى مما قدمناه ، وفي نص الشافعي في المختصر^(٤) ما يشير إليه ، هذا منتهى قولنا في التقدير .

١٠٠٨٣- ونحن نختمه بالكلام على المعسر ومعناه ، والمتوسط ، والموسر ، ولست أدري كيف طاب للمصنفين تخطي أمثال هذه المغمضات من غير التفات على

(١) في الأصل : أو على المتوسط .

(٢) في الأصل : ومبلغ .

(٣) سبق تخريج الحديث في أوائل الوصايا .

(٤) ر . المختصر : ٧١ / ٥ . والنص المشار إليه هو قول الشافعي : « وأجعل لخادمها - أي زوجة الموسر - مدّاً وثلثاً ؛ لأن ذلك سعة لمثلها » .

محاولة شرح فيها ، مع العلم بأن هذه الأسماء مشتركة ، وهذا مما تمس الحاجة إلى النظر فيه ، في أوائل المراتب إذا رفعت الوقائع إلى المفتين ، أو إلى الحكام .

فأما المعسر ، فإن كان على رتبة تستحق سهم المساكين ، فهو معسر ، ومن لا يملك شيئاً تستقر نفقة الزوجية في ذمته .

ومن جاوز حد المسكنة ، فكيف السبيل فيه ؟ [هل] ^(١) نقول : هو من المتوسطين ؟ فإن قال بذلك قائل ، فليس على علم بالباب ؛ فإن الإنسان قد يخرج باكتسابه عن حد المسكنة ، إذا كان قادراً على تحصيل القوت يوماً بيوم ، ولست أرى مثل هذا الشخص من المتوسطين في نفقة الزوجات ، بل هو معسر [ونفقته] ^(٢) نفقة المعسرين ، وهذا مما لا أتمارى فيه ، فأما إذا كان يخرج بملك مال لا بقدرة على الكسب عن حد المسكنة ، فالذي أراه أنه في حد التوسط ، وإن كان على اقتدار وتوسع في الاكتساب بحيث يرُدُّ عليه الكسب - على يسر - [أضعاف] ^(٣) ما يحتاج إليه ، فقد يتردد الفطن في هذا : أما إلحاقه بالموسرين ، فلا سبيل إليه ، وإنما تردد النظر في إلحاقه بالمتوسطين .

وأنا أقول بعد هذا التنبيه : هو معسر ؛ فإنه يبعد تكليفه المزيد على قدر الحاجة بالاكتساب والله أعلم /

٢٩٤ ش

وأما المتوسط الذي يملك ما يرقيه عن حد المسكنة ، فلي فيه نظر : فأقول : أرى المتوسط رجلاً يؤثر الإنفاق في ماله إذا زاد على الأقل الذي قدمناه ، فكأنه لو أخرج مدين أو شك أن ينحط إلى الإعسار ، والموسر لا ينحط بمدين إلى المتوسط فضلاً عن الإعسار ، وهذا يؤخذ من التشطير في المد ، حتى كأنه بإخراج الزائد ، وهو نصف مد لا ينحط إلى الإعسار ، وبإخراج المد يوشك أن ينحط إليه ، وأقرب المآخذ ما يداني الحكم ، فالحكم تشطير المد الزائد ، فليكن التوسط مأخوذاً منه .

ومما يحق الاعتناء به أن اليسار لا ينظر فيه إلى المال فحسب ، بل يُضمُّ إلى اعتباره

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : بنفقته .

(٣) في الأصل : أصناف .

رخاء الأسعار وانخفاضها وارتفاعها ، فالرجل في المكان الذي تتسع الأقوات فيه يتبلغ بمقدار من المال لا يتبلغ بمثله في موضع تغلو الأسعار فيه ، [ولن]^(١) يكون الطالب واقفاً على دَرَك اليسار والإعسار والتوسط ما لم نمزج ملك المال بما أشرنا إليه من رخاء الأسعار وغلائها ؛ فإن الغرض في كل باب من الإعسار واليسار على حسب ما يليق بالمقصود منه ، فإذا كنا نبغي الكلام في أقدار النفقات ثم دُفعنا إلى النظر في المراتب ، فالوجه اعتبار اليسار على وجه [لا يُنافي]^(٢) النفقة الدارة ، ومن ضرورة ذلك ما أشرنا إليه من اعتبار الأسعار رخاءً وغلاءً .

فانتظم مما ذكرناه أن الموسر من لا يتأثر بالمُدَّين ، والمتوسط من يتأثر بالمُدَّين ولا يتأثر بالمد والنصف ، والمعسر مخرَّج على ما قدمناه .
وهذا نجاز الكلام في أقدار النفقات .

١٠٠٨٤- فأما الكلام في الجنس المخرَج^(٣) ، فإن كان في البلد الذي فيه الكلام قوتٌ واحد غالب يستوي في اقتياته أهل الموضع على اختلاف درجاتهم ، فلا شك أن المعتبر ذلك الجنس ، ولا يتأتى هاهنا أن نقول : يعتبر القوت الغالب ، أو يعتبر قوت كل شخص ؛ فإن القوت إذا عم طبقات الخلق ، على ما صورنا ، فقوت كل شخص هو القوت الغالب .

وإن لم يكن في الموضع قوتٌ غالب نحكم بغلبته ، ولكن كانوا يقتاتون على حسب الدرجات أقواتاً مختلفة ، فلا وجه - والحالة هذه - إلا وأن نعتبر في حق كل شخص قوته جنساً ؛ إذ لا غالب ، والأقوات متعارضة ، ولا بد من متعلّق ، ونحن مدفوعون إلى مسالك ضيقة ، نقنع فيها بأدنى متعلّق ، فيكون الجنس في اعتبار حال الزوج معتبراً بالقدر ، وقد ذكرنا أن النظر إلى حال الزوج في يساره ، وتوسطه ، وإعساره في المقدار ، فليكن النظر إليه في جنس القوت .

(١) في الأصل : فلو .

(٢) في الأصل : لا يتأتى .

(٣) هذا هو الفصل الثاني من الفصول التي وعد بها الإمام في صدر الباب .

ولو كان في البلد قوت يمكن أن يوصف بالغلبة ، ولكن الفقراء قد يعتادون اقتيات غيره ، فهذا موضع التردد : يجوز أن يقال : الاعتبار بالقوت الغالب ، ويجوز أن يقال : يعتبر قوت ذلك المعسر ، وإن كان الغالب في البلد غيره ، وهذا إذا كان يعد اقتيات مثله الشعير مثلاً نادراً في حال مثله ، وقد ذكرنا مثل هذا التردد/ في الجنس ٢٩٥ ي الذي يُخرج في صدقة الفطر .

ومما يتعلق بذلك أن المخرج يجب أن يكون حباً أو تمرّاً ، هذا هو الأصل ، فإن أخرج خبزاً ، فللمرأة ألا تقبله ، وإن رضيت بقبوله ، ففيه تفصيل سيأتي في بعض الفصول الموعودة ، إن شاء الله .

١٠٠٨٥- فأما الكلام في نفقة الخادمة ، فحقه أن يُصدّر بمراتب النسوة ؛ فإن نفقة الخادمة لا تثبت لكل زوجة ، والمقدار الذي ذكره الأصحاب أن المرأة إذا كانت تُخدم في العرف ، ولو كلفت الاستقلال بحاجات نفسها ، لكان ذلك غصّاً من قدرها ، وخطاً من منزلتها ، فهذه مخدومة وإن كانت [لو خدمت]^(١) نفسها ، لم ينلها ضرر لكمال مُنتها ، واعتدال بنيتها .

وهذا يناظر ما ذكرناه في الكفارات في العبد الذي يخدم ملتزم الكفارة .

ولو كانت في العادة لا تعدّ على مرتبة المخدومات ، فلا تستحق نفقة الخادمة . ولو كانت تُخدم ، ومنزلتها لا تقتضي ذلك ، بل تُعدّ مجاوزة قدرها ، فلا تُخدم في النكاح ، ولو لم تكن على منزلة من المروءة يُخدم أهلها ، ولكن كانت على ضعفٍ في بنيتها ، فإن كان ذلك مرضاً عارضاً ، فلا تستحق على الزوج إقامة مُمرّضٍ متفقّد ، كما لا تستحق عليه المعالجة والقيام بمؤن الأدوية .

وإن كانت على ضعفٍ لازم لبنيتها ، ففي المسألة احتمالٌ ظاهر من جهة مشابهة الخادمة الممرّضة والمعينة على المعالجة ، ويظهر عندي أن تستحق نفقة الخادمة ؛ لأن الحاجة الدائمة أولى بالاعتبار من غضّ في المروءة ، وقد ذكرنا في الكفارات أن من

(١) في الأصل : وإن كانت خدمة نفسها .

كان له [عبد]^(١) وهو يحتاج إلى خدمته لعجزه اللازم له ، فلا نكلفه أن يعتقه ، كما لو كان يحتاج إليه في حفظه مُروءته .

هذا قولنا في التي تُخدم ، والتي لا تُخدم .

١٠٠٨٦- فإذا كانت مخدومة ، فالذي قطع به الأئمة أن على الزوج القيام بمؤونة الخادمة ، وقد ذكرنا من مؤنها النفقة ، وسنذكر الباقي ، ونقل بعض أصحابنا عن الشافعي أنه قال في عشرة النساء : « ويشبه أن يكون عليه نفقةُ خادمها » فردد القول في ذلك ، وقد جعل المزني المسألة على قولين في نفقة الخادمة ، وهذا نُقل عنه في غير المختصر ، وخالفه معظم الأصحاب في إجراء القولين .

ومن أصحابنا من ساعده وأجرى قولاً أن نفقة الخادمة لا تجب على الزوج قط ، وهذا بعيدٌ جداً ، ولكن ذكره صاحب التقريب ، والشيخ أبو علي ، ومعظم الأئمة مع إطباقهم على تزييفه .

فإذا أوجبنا نفقة الخادمة ، فإن استأجر الزوج حرة أو أمةً لتخدم الزوجة ، فالذي يبذله أجرةً ، وليس نفقة الخادمة .

وإذا أخدمها الزوجُ جاريةً من جواريه ، سقط حق الخدمة بذلك ، وليس هذا من نفقة الخادمة في شيء ؛ فإن الزوج يُنفق على أُمته بحق الملك .

وإن [كان للزوجة]^(٢) أمةً ، وكانت تخدمها ، وأراد الزوج الإنفاق عليها ، ورضيت المرأة بذلك ، فهذه النفقة نفقةُ الخادمة ، وهي التي تتقدر بالمد ، والمد والثلث ، على التفاصيل المقدمة ، ولا يتصور نفقة الخادمة إلا في هذه الصورة ؛ فإننا إذا صورنا استئجاراً ، كان ذلك إخدماً بأجرة ، ومقدارُ الأجرة على حسب التراضي .

وإن لم يكن لها أمةً ، فلا يكلف الزوج أن يستأجر حرة أو أمةً بأكثر من النفقة التي أثبتناها للخادمة ؛ فإنه ربّما لا يجد من يخدم بمدٍّ وأوقية زيت .

ولو قلنا : يجب أن يكفيها الخدمة ، فهذا وقوعٌ في مذهب أبي حنيفة في اعتبار

(١) في الأصل : عذر .

(٢) في الأصل : وإن كانت الزوجة أمة .

الكفاية ، وأقرب لازم على هذا الأصل أن يلزمه أن يكفيها ما يسد جوعتها إذا كانت رغبة لا تكتفي بمد ، فإذا كنا لا نلزمه ذلك ، فلا يلزمه في جهة الخدمة إلا ما ذكرناه .
فلو كانت تجد حرة تخدم بالمد وما [يُلحق] ^(١) به ، فلا يتصور أن تلزم الحرة بغير طريق الاستئجار ، ولكن القدر الذي علينا [أن نوضحه] ^(٢) أن على الزوج تحصيل هذا القدر ، فإن تيسر به استخدام حرة ، فليس على الزوج النظر في التفاصيل .
ولو قالت المرأة : أنا أخدم نفسي فسلم إلي نفقة الخادمة ، فليست أرى لها ذلك ؛ فإنها أسقطت مرتبة نفسها ، والله أعلم ، فلينظر الناظر في هذا الموضع .

١٠٠٨٧- ومما يتعلق بذلك أن الرجل إذا نكح أمة ، وكانت تُخدم لجمالها ، فهل يجب عليه نفقة الخادمة ؟ ذكر العراقيون وجهين : أحدهما - أنه لا يجب على الزوج نفقة الخادمة ؛ فإن الرق ينافي هذه المنزلة ، والرقيقة تُخدم ولا تُخدم . والوجه الثاني - أنها تستحق نفقة الخادمة ؛ لأن ذلك غير مستنكر في العرف ، ولا محمول على الرعونة ومجاوزة الحد ، والمحكم في ذلك العادات .

١٠٠٨٨- ولو قال الزوج لزوجته المخدومة : أنا أخدمك بنفسني ، فلا تكلفيني نفقة الخادمة ، فقد قال الأصحاب : الأمور التي لا تستحي المرأة من تعاطي الزوج إياها يتعاطاها الزوج ، كالخروج وكنس البيت وغيرها من أشغال المهن ، فيجوز أن يقوم بكفاية هذه الأمور ، وأما خدمتها الخالصة كحمل الماء إلى بيت الماء ، [وما في معناه] ^(٣) من الأمور التي تستحي النساء من إظهارها للأزواج ، ويؤثرن الاختفاء بها ، فالمذهب الأصح أن الزوج لو قال : أتعاطى ذلك أيضاً - والمرأة تأبى - فليس للزوج ذلك ، فإننا إذا كنا نقيم الخادمة محافظة على مروءتها ، فالذي ينالها من إظهار هذه الأمور للزوج أعظم مما ينالها من غض المروءة وتعاطي الخدمة .

١٠٠٨٩- هذا نجاز الفصل . وفي القلب منه غائلة وغصة ، وذلك أن الأصحاب

(١) في الأصل : وما يليق به . ومعنى ما يلحق به : أي وما يتبعه من أذى ، زيت أو نحوه .

(٢) في الأصل : أن نوضح .

(٣) في الأصل : وما في معنا فيه من الأمور .

ذكروا أن الخادمة تملك الحب ، وترددوا في الأدم ، فكيف يتصور ذلك ؟ فإن الإجارة لا ضبط للأجرة فيها ، ومملوكة الزوج لا تملك شيئاً وإنما الإنفاق عليها من فن الكفاية .

ي ٢٩٦ فالذي أراه أن الزوجة لو رضيت بأن تخدمها حرة ، ورضيت الحرة بأن تخدم بالنفقة ، فإنها تستحق / نفقة الخادمة ، ولكن مهما^(١) شاءت فارقت ؛ إذ لا ضبط ولا عقد على اللزوم يلزمها الاستمرار ، والنكاح لا يشملها ، فيجب القطع بعد [الاستخارة]^(٢) وإطالة الفكر بأنها إذا خدمت يوماً ، استحققت وظيفة الخادمة .

ثم الظاهر عندي أن استحقاقها يكون على حسب استحقاق الزوجة نفقتها ، فلها وظيفتها في صبيحة كل يوم ، كما للزوجة وظيفتها ، ثم لا نجعلها بأخذ الوظيفة ملتزمة [للخدمة]^(٣) ، فإن بدا لها ، ردت الوظيفة وتطلقت^(٤) ، وإن أرادت استكمال الخدمة ، فعلت ؛ فحقها مأخوذ قبل العمل ، مستقر بالعمل ، وحق الزوجة يُداني ذلك من وجه ، وإن كان يخالفه من وجه ، كما سنصف بعد ذلك ، إن شاء الله .

وهذا شاذ لا أرى له نظيراً ولا أجده من القول به بُدأ .

١٠٠٩٠- ثم الخادمة في الابتداء إلى تعيين الزوج^(٥) ، [فأمّا]^(٦) إذا كانت قائمة بالخدمة ، فإن هي ألفت خادمة ، وأراد الزوج أن يبدلها ، فإن رابه منها أمر ،

(١) مهما : بمعنى (إذا) .

(٢) في الأصل : الاستجارة .

(٣) في الأصل : خدمة .

(٤) وتطلقت : المعنى أنها صارت مطلقة غير ملتزمة بالخدمة ، والمراد من العبارة تقرير وإثبات أن هذا الاستخدام ليس عقداً لازماً ملزماً لها ، بل لها أن ترد الوظيفة ولا تقوم بالخدمة .

(٥) في صفوة المذهب : الزوجة . وفي المسألة وجهان : أظهرهما أن تعيين الخادمة في الابتداء إلى الزوج ، وهو الذي ذكره الإمام ، ولم يذكر غيره ، والثاني - أن تعيينها إلى الزوجة ، وهو الذي ذكره ابن أبي عصرون ، ولم يذكر غيره ، والذي رجحه الرافعي والنووي وجعلاه (الأظهر) هو ما ذكره إمام الحرمين : أنه إلى الزوج (ر . صفوة المذهب - جزء (٥) ، ورقة : ٢٠٤ يمين ، والشرح الكبير : ١٢/١٠ ، والروضة : ٤٦/٩) .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

فليفعل ، ولا يكلف في مثل ذلك إقامة حجة ، ولا ينتهي الأمر إلى محاكمة ومخاصمة ، وإن أراد إبدالها - والزوجة قد ألفتها - من غير خيانة وريبة ، فالذي رأيته للأصحاب أنه ليس للرجل ذلك من غير غرض ؛ فإن انقطاع [النفس]^(١) عن المألوف شديد ، وربما انبسطت إليها ، وستلقى عُسراً أن تنبسط مع أخرى ، وهذا بين من هذا الوجه .

١٠٠٩١- ومن تمام القول في ذلك أن الزوج لو قام بالأشغال الظاهرة وترك الأمور الخفية على خادمة ، فهل تستحق تلك الخادمة الوظيفة التامة ، ومعظم الأشغال مكفية ؟ هذا يقرب عندنا من تردد الأصحاب في أن السيد إذا زوج أمته ، وكان يستخدم الأمة نهائياً ويردها إلى الزوج ليلاً ، فهل على الزوج كمال النفقة ؟ فيه اختلاف قدمناه في كتاب النكاح : من أصحابنا من قال : يجب تمام النفقة ، ومنهم من أوجب نصفها ، ومنهم من لم يوجب عليه شيئاً .

ويخرج عندنا في الخادمة وجهان خروجاً ظاهراً : أحدهما - أن للخادمة نصف الوظيفة ، ولا توزيع على أقدار الأعمال كالليل والنهار . والوجه الثاني - أن لها تمام الوظيفة ؛ فإن الخادمة في الأمور السرية لا بد منها ، وهي تحتاج أن تتربص في جميع الأزمان لمسيب الحاجة إلى تلك الأشغال ، ولا ترضى بأقل من الوظيفة ، والزوج هو الذي تجشم من عملها ما تجشم .

وهذا الوجه أفقه وأليق .

ولا يمتنع عندنا أن توزع الوظيفة إذا فتحنا باب التقسيط ، بخلاف الليل والنهار في نفقة الأمة المزوجة ؛ فإن الليالي والأيام جعلها الله خلفاً ، وهي تتناوب على نسب مستوية في الطول والقصر ، وأما الأعمال البادية والخفية ؛ فإنها متفاوتة ليست متناسبة .

فأما إذا قلنا : لا تستحق الأمة شيئاً من النفقة إذا لم يسلمها السيد إلى زوجها ليلاً ونهاراً ، فلست أرى لهذا الوجه خروجاً هاهنا ؛ فإن الخادمة لا بد منها على الوجه

(١) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

ش ٢٩٦ الذي عليه نفرّع ، والزوجة لا تجد / خادمة متبرعة بالخدمة ، ففي إسقاط حقها تعطيل الخدمة في الأمور الخفية .

١٠٠٩٢- فأما القول في الأدم ، فقد قال الشافعي : « لزوجة المعسر كل يوم مكيلة زيت أو سمن »^(١) ولم يختلف علماؤنا في أن الأدم ليس يتقدر ، وذلك أنا اعتمدنا في تقدير القوت ما وجدناه في أصل الشرع في المدة والمدين ، ثم سلطنا مسالك في التقريب بينهما ، فأما الأدم ، فلسنا نجد له أصلاً في الشرع مقدراً .

والأدم ثابت مستحق للزوجة ، فلا سبيل إلى التقدير ، ولكن أمره مبني على ما يكفي أدماً لمد ، وإن كانت النفقة مدين ، فما يكفي أدماً لمدين ، ولا شك أن الأدم على الموسر يزداد استحقاقاً ؛ على حسب ازدياد القوت ، فإذا الأدم تابع للقوت .

ثم ذكر الشافعي المكيلة والمكيلتين ، والمكيلة مجهولة ، وإنما أراد تقريباً ، وقد يُلَفَى له ذكر الأوقية والأوقيتين ، والأمر في ذلك مرتبط بما ذكرناه .
هذا كلامه في تقريب مقدار الأدم .

وأما الجنس ، فقد ذكر الشافعي الزيت أو السمن ، ولم يعين جنساً تعيين إيجاب ، ولكن الأدم الغالب في كل موضع يُرْعَى .

ثم إن تبرمت المرأة بالزيت والسمن ، وأرادت جنساً آخر قيمته كقيمة ما يغلب أدماً ، فهذا فيه تردد بين : يجوز أن يقال : الرجوع في هذا إلى الزوج ، ثم إن أرادت المرأة جنساً آخر ، تصرفت بنفسها ، أو تصرفت خادمتها لها . وهذا كقول الشافعي : إن أرادت المرأة مزيداً في القوت ، زادت من أدمها في قوتها ، وإن أرادت مزيداً في الأدم زادت من قوتها في أدمها .

ويجوز أن يقال : تعيين الأدم إليها ؛ إذ لا ضرار على الزوج في إسعافها ، ويظهر ضررها بالمواظبة على أدم واحد ، وقد تتضرر بصرف أدم في أدم .

ويظهر هذا الذي ذكرناه منه إذا لم يكن في البلد أدم غالب ، فإن كان في البلد أدم غالب ، فقد يخرج فيه وجه أن الرجوع إلى الغالب ، ويجري الوجهان المقدمان .

(١) ر . المختصر : ٧٠ / ٥ . ونذكر هنا أن القول في « الأدم » هو الفصل الرابع في الباب .

هذا قولنا في مقدار الأدم وجنسه كل يوم .

١٠٠٩٣- قال الشافعي : « يشتري لها في الأسبوع رطل لحم إن كانت الوظيفة في القوت مداً ، وإن كانت الوظيفة مدين اشترى لها في الأسبوع رطلين . . . إلى آخره »^(١) .

قال العراقيون : هذا قاله الشافعي على عادة ألفها في دياره ؛ فإن أهل [مصر]^(٢) قد يستقلون من اللحم ، وإذا فرضت عادة على خلاف ذلك في بعض البلاد ، فلا [اقتصار]^(٣) على رطل ورطلين ، ولكن المتبع العادة ، فنقول : أي قدر يليق بنفقة قدرها مد ؟ وكيف السبيل والنفقة مدان ؟ ويختلف ذلك بالأصقاع والبقاع ، وهو قول العراقيين ، وهو حسن متجه ، وكان شيخني [يحيى]^(٤) عن شيخه القفال اتباع الشافعي فيما ذكرناه [من أن المطاعم]^(٥) والملابس ، تدور على سداد الحاجة ، ولا تنتهي إلى النعمة والترفة وانبساط بني الدنيا / ، والدليل عليه أنه أثبت مدين على الملك العظيم ، ٢٩٧ ي وإن كان هذا نزرأ وتُحاً^(٦) في حق [الموسر في حكم العادات]^(٧) .

ويجوز للعراقيين أن يقولوا : ذلك تقدير ، والتقدير لا يزول عن وضعه ، وما يليق بالكفايات يجب الرجوع فيه إلى موجب العادات .

ومما يجب التنبيه له أن المرأة إذا كانت تتزجى بالحَب القفر^(٨) ، وكانت لا تأتم ، فحقها من الأدم لا يسقط ، فهذا بمثابة استحقاقها أصل النفقة ، ولو كانت قد لا تحتاج إليها في بعض الأحوال .

(١) ر . المختصر : ٧٠ / ٥ .

(٢) في الأصل : (الجروم) وفي صفوة المذهب (الخروج) . والمثبت من (الشرح الكبير : ٨ / ١٠ ، والروضة : ٤٢ / ٩) .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : في المطاعم والملابس .

(٦) الوتح : مثلثة التاء : القليل التافه (المعجم) .

(٧) ما بين المعقفين مكان عبارة الأصل : « المقترن في حكم العالم » .

(٨) أي تتطعم النفقة من الحبوب بغير إدام .

١٠٠٩٤- فأما أدم الخادمة ، فالذي تحصل لنا من كلام الأصحاب وجهان في أنها هل تفرد بأدم ؟ منهم من قال : تفرد بالأدم كل يوم ؛ فإن الأدم يتبع النفقة ولا تخلو نفقة عنه ، وكما أفردت بالقوت ، وجب أن تفرد بالأدم .

والوجه الثاني - أنها لا تفرد بالأدم ، ولكنها تكتفي بما تُفْضِلُه المخدومة من الأدم ، إذ العادة قد تقتضي الإفراد بالقوت مع الاختلاط في الأدم ، فإن فرعنا على هذا الوجه الأخير ، فيجب أن نزيد للمخدومة في الأدم ، ونثبت لها من الأدم أكثر مما نسبته للتي ليست مخدومة ، ثم قد لا ننتهي إلى مقابلة مد الخادمة بمكيلة أوقية ، فإن أدم الخادمة أقل . وإذا فرعنا على الوجه الأول ملّكنا الخادمة أدمها ، واعتقدناه ركناً مستحقاً لها في وظيفتها .

ثم الغالب على الظن أن من أثبت لها كل يوم أدماً لا يخصصها باللحم في أوان اللحم ، والعلم عند الله .

ثم يزيد لحم المخدومة على لحم التي ليست مخدومة .
ولا خلاف أن قوت الخادمة من جنس قوت المخدومة ، أجمع على ذلك الأصحاب في الطرق ، وذكر العراقيون وجهين مفرعين على أنها مخصوصة بالأدم في أن أدمها هل يكون من جنس أدم المخدومة ، أم يجوز أن يكون دون أدم المخدومة في الجنس ؟ وهذا الاختلاف منقذح ، وهو مأخوذ من العادات ؛ فإن جنس القوت يتحد وأجناس الأدم تختلف .
وقد انتهى الكلام في الأدم .

١٠٠٩٥- فأما القول في كيفية صرف النفقة إلى الزوجة^(١) فنقول : أجمع الفقهاء على أن الزوج يتعين عليه تمليك زوجته النفقة ، وأبو حنيفة وإن بنى مذهبه على الكفاية ، وافق في أن المرأة إذا طلبت التمليك ، أجيب إلى غرضها ، ثم قد ذكرنا أن حقها المتأصل الحب ، كما مضى ، فإذا ملكها الحب ، فطالبته بالقيام بمؤن إصلاح الحب طحناً وخبزاً ، فلها ذلك ، وينتظم من هذا أن لها طلب تمليك الحب ، ثم لها طلب مؤن الإصلاح .

(١) هذا هو الفصل الخامس والأخير من الفصول التي وعد بها الإمام في صدر الباب .

ولو أخذت الحبّ وملكته ، واستعملته بذراً ، أو باعته ، فلو أرادت مطالبة الزوج بمقدار مؤنة الإصلاح ، فهذا أراه محتملاً : يجوز أن يقال : لها ذلك ؛ فإنها قد تبغي إصلاح [مُدَّ]^(١) عندها ، وتُصَيِّرُه خبزاً ، وتتملك ذلك ؛ فإنه من حقها ، وكأنا نقول : لها البرّ والأدم ، والمقدار الذي يُصلح الطعام .

ويجوز أن يقال : إذا كانت لا تحتاج إلى الخبز ، لم تملك المطالبة ، بالمؤن التي تُنهي الحبّ إلى الخبز ، فإن الإصلاح ليس من الأركان/ والوظائف [القائمة ، وإنما هو ٢٩٧ ش إصلاح عند الحاجة .]^(٢) نعم ، إذا كانت تحتاج إلى إصلاح البرّ ، وقد أخرجت البرّ الذي قبضته ، فيجب القطع بأنها تكلف زوجها ذلك ، فأما إذا كانت لا تحتاج إلى الخبز في يومها ، ففيه الخلاف والتردد الذي أشرت إليه .

ولو اعتاضت المرأة عن البرّ الثابت لها في ذمة الزوج [دراهم]^(٣) ، أو ما أرادت من عوض ، فقد ذكر أصحابنا فيه وجهين : أحدهما - أنه لا يجوز ؛ فإنه اعتياضٌ عن طعام ثابت في الذمة ، بحكم عقد ، فأشبهه الاعتياض عن المسلم فيه .

والوجه الثاني - أنه يجوز ، كما يجوز الاعتياض عن قيم المتلفات ، وهذا الخلاف يقرب مأخذه من مأخذ القولين في جواز الاعتياض عن الثمن الثابت في الذمة ، وقد سبق ذكرهما في كتاب البيع .

ولو اعتاضت المرأة عن الحب خبزاً ، فقد ذكر بعض الأصحاب فيه خلافاً ، وهذا يتطرق إليه تجويز بيع البرّ بالخبز ، وهو ممتنع في البيع وفاقاً ، ولكن من جَوَّزَ هذا فيما نحن فيه ، فوجهه - على بُعده - أنها تستحق الحبّ والإصلاح ، فإذا رضيت بطعام مهياً مُصْلَحاً ، فكأن ما قبضته حقُّها ؛ وليس عوضاً عن حقها ، [فإنه كان لها أن تطلب الحبّ]^(٤) ، ثم تكلف زوجها إصلاحه ، وهذا مما لم يختلف فيه أصحابنا .

(١) في الأصل : بدّ .

(٢) ما بين المعقفين تقدير منا ، لما ذهب من عبارة الأصل بسبب امحاء أطراف الكلمات والحروف .

(٣) مطموسة في الأصل . والمثبت من صفوة المذهب .

(٤) في الأصل : وإن كان لها أن تطلب الحب .

١٠٠٩٦- ومما أجراه الأصحاب في الخلاف والمذهب أنها لو رضيت بأن تأكل مع زوجها من غير إجراء تمليك وتملك واعتياض ، فهذا مما اختلف الأصحاب فيه : فمنهم من جرى على قياس المذهب ، ولم يسقط النفقة بهذا ، وإن كان الزوج يرى إطعامها عوضاً عن حقها عليه ، فما يتعاطاه سحت .

ومن أصحابنا من أجاز ذلك ، وبناء على مذهب المسامحة والاتباع ؛ فإن الأولين كان يعم هذا الاعتياد منهم من غير إجراء اعتياض .

وحاصل هذا [أنا]^(١) إن أردنا تخريجه على قاعدة المذهب ، [قلنا]^(٢) إن المرأة تستحق النفقة تمليكاً إذا لم تطعم مع زوجها ، فإذا طعمت معه واكتفت ، سقط حقها من طلب التمليك ، وإن لم يكن هذا على حقائق الأعواض ، وكأن نفقتها على [هذا]^(٣) الرأي بين الكفاية إن أرادت وبين التمليك ، على قياس الأعواض إن طلبت . وهذا حسنٌ غائضٌ .

ومما نوصي به من يطلب التحقيق أن يؤثر ما يليق بالباب على القياس الجلي الذي يستند إلى غير الباب .

وما ذكرناه من الرضا بالتطعم لائق بباب النفقة ، غير أنها إذا أثرت الطلب ، لاقَ بما تطلب التمليك والقدر^(٤) .

١٠٠٩٧- ولو قدم الزوج لزوجته نفقة أيام ، فقد ذكر الشيخ أبو علي وجهين في أنها هل تملك ما قدمه الزوج على نفقة يومها ؟ أحد الوجهين - أنها تملكه ، كما يملك مستحق الدين المؤجل ما يعجل له قبل الأجل . والثاني - وهو الأظهر - أنها لا تملك ؛ فإن الدين المؤجل ثابت ، [وإنما]^(٥) المنتظر الحلول وانقضاء الأجل [لتوجيه]^(٦)

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) زيادة اقتضاها استقامة الكلام .

(٣) زيادة من المحقق لا يتم الكلام إلا بها .

(٤) والقدر : أي التقدير والتحديد بالمدّ والمدّين . . . إلخ .

(٥) في الأصل : فإنها .

(٦) في الأصل : توجيه .

الطَّلِبَةُ ، والنفقةُ تجب يوماً يوماً ، فلا يقع المقدمُ مستحقاً .

ثم قال الشيخ : إن قلنا : إنها تملك / ما يقدم لها ، فتملك التصرف فيه ، وإن ٢٩٨ ي قلنا : إنها لا تملكه ، لم تملك التصرف فيه ، والأمر على ما فرعه ، وليس ذلك كالقرض - على قولنا : إن المقترض لا يملكه بمجرد القبض ؛ فإننا مع ذلك [نسلطه] ^(١) على التصرف ، فإننا نقول : يتوقف جريان ملكه على تصرفه ، وإذا جرى منه التصرف ، تبين انتقال الملك إليه قبيل التصرف ، فالتصرف على هذا القول شرطُ جريان ملكه ، فيستحيل أن يمتنع التصرف .

١٠٠٩٨ - وتمام هذا الفصل أن المرأة تملك على زوجها نفقة كل يوم مع [أول] ^(٢) جزء من اليوم ، فكما ^(٣) طلع الفجر ملكت النفقة ، وطالبت بها ، وتصرفت تصرف الملاك ، إما فيما في الذمة وإما فيما تقبض .

ثم قال الشيخ أبو علي : إذا قبضت المرأة نفقة يوم وماتت في أثناء اليوم ، لم يسترد النفقة ، وهذا متفق عليه بين الأصحاب .

ولو كان قدم الزوج لها نفقة أيام ، وقلنا : إنها لا تملك ما يزيد على نفقة اليوم ، فإذا ماتت ، تركنا عليها نفقة يوم الموت ، واسترددنا منها نفقات الأيام بعد ذلك .

وإن قلنا : إنها ملكت ما قدمه الزوج لها ، فهل يسترد من تركتها تلك النفقات الزائدة على نفقة يومها الذي ماتت فيه ؟ فعلى وجهين - ذكرهما الشيخ : أحدهما - أنه [يستردّها] ^(٤) وهو ما قطع به العراقيون ؛ فإنها إنما ملكت على تقدير بقاء الزوجية ، فإن انتهت الزوجية نهايتها قبل الأيام التي قدم الزوج نفقتها ، يجب القضاء بانتقاض ملكها .

والوجه الثاني - أنا لا نسترد ما قدمه الزوج ، وإنما نفرع على أنها ملكته ، فأشبهت نفقة اليوم إذا أخذتها ثم ماتت في صبيحة ذلك اليوم ، فمعظم أوقات اليوم باقية ، ثم النفقة غير مستردة .

(١) في الأصل : نسلطها .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) فكما : بمعنى عندما طلع الفجر ، أو كلما طلع الفجر . . .

(٤) في الأصل : أنه مسترد .

ولا خلاف أنها إذا أخذت نفقة يومها ، ثم نشزت ، لم نترك عليها النفقة .
فانتظم من هذا أن نفقة اليوم لا تسترد إلا من ناشزة ، وأما إذا ماتت ، فلا ، ونفقة
الأيام المستقبلية تسترد من الناشزة ، وهل تسترد من تركة الميتة ؟ فعلى الخلاف المقدم .

١٠٠٩٩- ومن تمام البيان في ذلك أنها لو كانت مطيعة في بعض اليوم ناشزة في
بعضه ، فهل تستحق النفقة لزمان الطاعة ؟ فيه اختلاف بين الأصحاب ، قريب المأخذ
من مسألة الأمة المزوجة إذا سلمها السيد ليلاً واستخدمها نهاراً ، ولكنا ذكرنا ثلاثة
أوجه ثم : أحدها - أنه يثبت تمام النفقة على الزوج ، وهذا الوجه لا يخرج إذا
انقسمت الطاعة والنشوز في اليوم الواحد ، بل لا يجري هاهنا إلا وجهان : أحدهما -
أنها تستحق قسطاً من النفقة ، وهذا هو الأوجه هاهنا . والثاني - أنها لا تستحق شيئاً ؛
فإن النفقة لا تتبع بعض .

ثم إن فرض النشوز في أحد الجديدين^(١) على الاطراد والطاعة في الآخر ، فالبعض
الذي أطلقناه نصف النفقة .

وإن كان انقسام الطاعة والمخالفة على نسبة أخرى من الزمان ، فلا وجه إلا اعتبار
الأزمة والتقسيم عليها .

ش ٢٩٨ وهذا نجاز القول في الفصول التي وعدناها في / النفقة .

فَصْلٌ

في الكسوة

١٠١٠٠- الزوجة تستحق على زوجها الكسوة ، والكلام في قدرها ، وجنسها ،
وجهة تسليمها .

فأما القدر ، فلا قدر ، والكسوة مبناها على الكفاية ، بخلاف النفقة ، والدليل عليه

(١) الجديدان : الليل والنهار ، والمعنى الحرفي هنا غير مراد ، وإنما المعنى : إذا فرض نشوزها
يوماً وطاعتها يوماً على الاطراد ، أو فرض نشوزها آنأ بعد آن على التبادل ، هذا هو المعنى
المقصود .

أن الطعام مقدّر في الكفارة ، والكسوة مقدّرة ولكنها محمولة على دراهم في تفاصيل ستأتي مشروحة في كفارة الأيمان ، ولا يمكن الاكتفاء بالاسم فيما نحن فيه ، فإن ستر المرأة من فوقها إلى قدمها محتومٌ إلا فيما يظهر منها ويبدو في الصلاة ، فحقّ على الزوج القيام بالكسوة . ثم الجثث والقُدود تتفاوت تفاوتاً عظيماً ، [والقوت]^(١) الذي يقع غنيّةً وبلاغاً وقد يعم معظم طبقات الخلق^(٢) . هذا هو القول في الأصل المرعي في ذلك .

١٠١٠١- فأما الجنس فقد قال الشافعي : الكسوة على المعسر من غليظ البصرة ، يعني الكرباس الغليظ ، وهي على الغني من لَيّن البصرة ، يعني الكرباس اللين الرقيق ، والمتوسط بين المعسر والغني .

وإذا كان الأصل مبنياً على الكفاية ، فالقول في التفصيل يجري على التقريب لا محالة .

قال العراقيون : هذا الذي ذكره الشافعي محمول على ما عهده في زمانه ، ولعل أهله كانوا يكتفون باللين والغليظ ، فأما إذا عمّت العادات في زمان بالباس المرأة الحرير ، والخز ، والكتان ، وما في معانيها ، وكان ذلك لا يعدّ سرفاً ومجاوزة حدّ ، فيجب إلباس المرأة هذه الفنون ، إذا هي طلبتها على شرط الاقتصاد والجريان على الاعتياد .

وعلى هذا لا منتهى للجنس ، ويجب أن لا يعرض^(٣) موقف ، حتى لو عظم يسار الرجل ، ازداد شرف الأصناف التي يكسوها زوجاته .

(١) في الأصل : والقوة .

(٢) المعنى أن الكسوة تختلف عن النفقة ، فالقدر الذي يعتبر غنيّةً وبلاغاً قد يتساوى فيه جميع الخلق ، أما الكسوة فلا يمكن اعتبار قدرٍ محدّد فيها لتفاوت الأشخاص جسامَةً وطولاً ، ونحافة وقصرأ .

(٣) المعنى أنه يجب ألا يوضع حدّ يوقف عنده ، بل كلما زاد يسار الرجل ، ازدادت قيمة الأصناف التي يكسوها زوجته .

وكان شيخي يقول : ما رآه الشافعي لا مزيد عليه ، وهو لبس الدَّيْن^(١) ، فأما ما عداه ، فاعتياده من شيم [المترفين]^(٢) .

هذا قولنا في جنس الكسوة .

ولا خلاف أن الخادمة في كسوتها محطوطة عن المخدومة ، والجنس في القوت لا يختلف ، وفي الكسوة يختلف ، وفي الأدم خلاف قدّمناه .

ثم على الزوج أن يكسو امرأته في الصيف خماراً وقميصاً وسراويل ، على حسب ما يليق ، كما تقدم التفصيل ، ثم يلبسها في الشتاء جبةً تُدفئها على حسب ميسر الحاجة إلى الإدفاء ، وقد يكون للخادمة فروة على ما تقتضيه العادة في المغيرة ، والقميص الواحد يلبى ولا يدوم السنة .

ثم ذكر العراقيون في ذلك مسائل نذكرها في آخر الفصل .

١٠١٠٢- فأما جهة الكُسوة ، فقد اختلف أصحابنا فيها : فذهب بعضهم إلى أنها إمتاع ولا يجب التملك فيها ، فعلى هذا لو استأجر الزوج ثياباً وكَسَتْ^(٣) بها ، كفى ذلك ، وكذلك لو استعار .

والوجه الثاني - أنها تستحق تملك الكُسوة ، كما تستحق تملك النفقة ، وهذا قد يشهد [له]^(٤) العادة .

فإن قلنا : المستحق في الكُسوة إمتاعٌ ، فلو سلم ثوباً إليها ولم يملكها ، فتلف الثوب في يدها من غير تقصير منها ، فالوجه عندنا القطع بأنها لا تضمن ؛ فإنها تستحق ي ٢٩٩ أن تكسى ويدُ الاستحقاق/ في الانتفاع لا تُثبت الضمان في العين ، ولو كنا نضمنها ما يتلف في يدها من الثياب ، لتفاقم الضرر عليها ، ولكانت على غرر طول زمانها ، وعلى خطرٍ في شأنها .

(١) عند ابن أبي عصرون : « اللين » .

(٢) في الأصل : المستريين . والمثبت من صفوة المذهب .

(٣) كست بها : أي لبستها ، تقول : كسى يكسى : لبس الكسوة ، فهو كاسٍ . (المعجم) .

(٤) زيادة من المحقق .

وإن قلنا : إنها تملك ، فلا يخفى التفريع .

ثم [القول]^(١) في تملك الخادمة وإمتاعها كالقول في الزوجة سواء بسواء .

١٠١٠٣- وهذا أوان الوفاء بما ذكره العراقيون . ونحن [نُجري]^(٢) مسلماً نراه أضبط وأجمع ، ونذكر في أثناءه كلام العراقيين ، فنقول : إذا [سلم]^(٣) إلى المرأة كُسوة الصيف مثلاً ، فتلفت في يدها ، فإن قلنا : الكُسوة إمتاع ، ولم تُقصر ، فعلى الزوج أن يجدد إمتاعها بكُسوة أخرى ، فإن إدامة الإمتاع محتومة .

وإن قلنا : جهة الكُسوة التملك ، فإن ملكها وظيفة الصيف ، فتلفت في يدها من غير تقصير ، ففي المسألة وجهان : أقسهما - أنه لا يجب على الزوج تجديد الكُسوة ؛ فإنه وفاها حقها ملكاً ، وأقام لها حقها المستحق ، فأشبه ما لو أعطاه النفقة وملكها ثم تلفت في يدها .

والوجه الثاني - أنه يلزم التجديد ؛ فإن الكُسوة وإن كانت على التملك ، [فإنها]^(٤) على الكفاية ، وهذا ضعيف لا اتجاه له ، ولا خلاف أنه لو انقضت نوبة الكُسوة ، والكُسوة معها^(٥) ، فلو حكمنا بأن الكُسوة إمتاع ، لم يجب التجديد ، وإن حكمنا بأن جهة الكُسوة التملك ، فيجب الوظيفة .

١٠١٠٤- ومما يتعلق بذلك ما ذكره العراقيون في النفقة والكُسوة عند طريان الموت ، قالوا : إذا أعطى زوجته نفقة يومها فماتت ، لم يسترد نفقة ذلك اليوم ، وقد ذكرنا ذلك .

وإن قدم لها نفقة أيام ، استرد الزائد على نفقة ذلك اليوم ، هذا ما قطع العراقيون به ، وفيه خلاف ذكرناه . وإن وفاها كُسوة الصيف ، فماتت في أثناء الصيف ، ذكر العراقيون في استرداد تلك الكُسوة وجهين في ترتيبهم .

(١) مضموس في الأصل ، والمثبت تقدير من المحقق .

(٢) في الأصل : نحوي .

(٣) كذا قدرناها مكان كلمة غير مقروءة في الأصل .

(٤) مضموسة بالأصل ، والمثبت من تصرف المحقق واختياره .

(٥) أي مازالت الكُسوة باقية .

والذي نراه أن الكسوة إن كانت إمتاعاً ، فهي مستردة ؛ فإنها [ما]^(١) ملكتها إلا أن يكون وهبها الزوج منها .

وإن كان التفريع على أن جهة الكُسوة التملك ، فالصيف في كسوة الصيف كالיום الواحد في النفقة .

وما أطلقوه من الوجهين يخرجان على الإمتاع والتمليك ، كما قدمناه .

١٠١٠٥- ومما يتم به البيان أنا إذا جعلنا الكسوة إمتاعاً ، فلو أتلفتها ، فلا شك في وجوب الضمان ، وهل تستحق كُسوة جديدة إمتاعاً بها ؟ الوجه الظاهر أنها تستحقها إدامة للإمتاع ، وفيه احتمال مأخوذ من إعفاف الابن أباه ؛ فإنه إذا أعفه بزوجة فطلقها ، فهل يجب على الابن أن يعفه مرة أخرى ؟ فيه خلاف ذكرناه في موضعه ، والوجه في الكسوة إيجاب التجديد .

وإن أتلقت وفرطت ، فإنها تضمن ، فكأنها ردت ما أخذت . نعم ، يجوز أن يقال : هذا الخلاف يجري في التقديم والتأخير ، حتى إذا أرادت المطالبة بتجديد الكسوة قبل أن تغرم للزوج قيمة ما أتلقت ، فهل لها ذلك ؟ هذا يخرج فيه الخلاف خروجاً مستدّاً وقد نجز القول في الكُسوة .

ش ٢٩٩ ١٠١٠٦- وما يتصل بهذا القول في الشعر ، والدثار ، وما يفرش . قال / الشافعي : « لها ملحفَةٌ ووسادة ومُضْرَبَةٌ وثيرة »^(٢) ، ويختلف ذلك بالغنّى والفقر اختلاف الكسوة .

وللخادمة ثياب ليلها على قدر الكفاية ، مع التفاوت الظاهر في المرتبة ، حتى قال الشافعي : ثوب ليل الخادمة في حق المعسر كساء .

ثم الكلام فيما يفرش : قال العراقيون : تحت المضربة لبداً أو حصيراً ، وهل لها زليّة^(٣) تفرشها بالنهار ؟ فعلى وجهين : ذكرهما العراقيون - واقتصروا في الفرش على

(١) زيادة من المحقق ، لا يصح الكلام إلا بها .

(٢) ر . المختصر : ٧٠ ، ٧١ (وهذا معنى كلام الشافعي وليس بلفظه) .

(٣) الزليّة : نوعٌ من البُسط (المعجم) وما زال أهل العراق والجزيرة العربية عموماً يطلقون على =

هذا القدر ، ولم يردّوا الأمر إلى العادة ، ونحن نعلم أن الفقير الذي نفقته في اليوم مدّ [يكفي] ^(١) مسكنه فرشٌ يستر أبنيةً أو بناءً واحداً ^(٢) .

ثم لم يروا اعتبار هذا في حق الغني ، [وردّوا] ^(٣) الخلاف في الزّلية ، وتوسعوا في الكسوة ، وحملوا نص الشافعي حيث ذكر لئن البصرة في حق الغني على عادة زمانه ، وأثبتوا في عادات زماننا الخبز والحريز .

وهذا في ظاهره تناقض منهم ، تبين به أن الوجه اتباع ما لا بد منه ، وما عداه تجميل وزينة لا يتعلق الاستحقاق به ، ويمكن أن يقال : ما اعتبره الشافعي من لئن البصرة على الغني لم يثبت زينةً ، وإنما أثبت إمتاعاً بالثوب الذي يلين حسّه ولا تتأثر البشرة به ، وهذا ما أردنا التنبيه عليه .

١٠١٠٧- والمسكن في النكاح لا بد منه ، ثم رأيت للأصحاب في أبواب العدد عند ذكرهم مسكن النكاح أنه يُسكنها مسكناً يليق بها ، فاعتبروا في ذلك جانبها ، ولم يعتبروا في جنس القوت جانبها ، وإنما اعتبروا فقر الزوج وغناه ، كما قدمناه .

وقد يعترض في هذا سؤالٌ من جهة أن المرأة وإن كانت رفيعة المنصب والزوج يحصرها وحدها أو مع خادمة في الدار ، وله أن يمنع أهلها من مداخلتها ، وقد نوجب على الفقير أن يُخدم زوجته ، واتساع المسكن إنما تمس الحاجة إليه لكثرة الساكنين ، فما وجه ذلك والطرق متفقة على أن المساكن تختلف باختلاف أقدار الزوجات ؟ والأصل في هذا أن الكبيرة المنصب إذا كانت ألفت مسكناً فسيحاً ينسرح الطرف فيه ، فلو رُدّت إلى حجرة منخفضة السقوف ضيقة الأبنية ، كان ذلك بالغاً في الإضرار بها ، وهذا واضح في العادات ، ولذلك أطبق أهل المروءات على التباهي بالمساكن وارتداد

= ما يسمّيه أهل مصر (السجّاد) يطلقون عليه (الزّلّ) بفتح الزاي ، وهو ما يفرش من البسط بأنواعه وأشكاله .

(١) في الأصل : ففي .

(٢) كذا . ولعل المعني بالبناء الحجرة .

(٣) في الأصل : وردّوا .

ما يليق بأحوالهم منها ، حتى إذا فرض مسكنٌ محطوطٌ القدرُ عُدَّ الاكتفاء به نُكراً في العرف ، وخرماً للمروءة .

والذي ينتظم عندنا في هذه الأبواب أن ما يكون إمتاعاً في حقوق الزوجة يجب أن يُرعى فيه منصبها وحالتها ، وما يكون مبناه على التملك ، فلا فرق فيه بين أن تكون رفيعةً أو خاملة ، وإنما يختلف القدر فيه بتوسع الزوج في الثروة أو نقيض هذه الحالة تعلقاً بقوله تعالى : ﴿ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] وقوله : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾ [الطلاق : ٧] وما أشار إليه العراقيون من التردد في الكسوة أراه مبنياً على أنها إمتاع أو تملك ، والعلم عند الله .

ي ٣٠٠ فإذا لا تملك في المسكن ، ولا في المفارش ، وثياب الليل ملتحقة بالفرش ؛ إذ يبعد أن يجب / عليه تملكها ثياب الليل ، ثم يضاجعها في ثيابها ، والنفقة والأدم على التملك ، وفي الكسوة الخلاف الذي قدمناه .

١٠١٠٨- ثم قال الشافعي : « على الزوج أن يهَيء لها عتادها في التزين والتنظف فيشتري لها مشطاً ، وما يليق به إن كانت تحتاج إلى مزيد . . . إلى آخره »^(١) .

ثم قال الأئمة : للخادمة أصل النفقة والأدم تبعاً وأصلاً ، كما تقدم ، وهي تُمتع بالمسكن تمتع الزوجة ، ولا بد لها مما يدفعها ليلاً على قدرها ، وهي محطوبة عن المخدومة ، وليس لها آلة التنظيف كالمشط وغيره ، ولها خُفان إن كانت تحتاج إلى الخروج ، ثم كُسوتها في التملك والإمتاع ككسوة الزوجة ، وأرى خُفها في معنى كُسوتها .

وللزوجة المشط والدهن الذي تترجل به ، فإن كانت تبغي مزيداً تزين به كالكحل والطيب ، فلا تستحق شيئاً من ذلك ، والأمر فيه مفوض إلى الزوج ، والزوج يجنبها ما يتأذى به إذا تعاطته كالأطعمة التي لها روائح كريهة .

ولو كانت تتعاطى من الأطعمة ما يغلب على الظن أنه يُمرضها ، فهل للزوج أن يمنعها منه ؟ فعلى وجهين ذكرهما العراقيون : أحدهما - لا يمنعها ؛ فإن المرض غيبٌ

ولا تتأذى في الحال ، ولو فتحنا هذا الباب ، لطال نظرنا في منع الزوج إياها من مزيد في القدر تتعاطاه من الطعام ، وفي تكليفها أموراً ظنيّة ، وإن كان ما تتعاطاه مما يؤثر تأثير السموم ، فلا شك في أنه يمنعها ، كما يمنعها أن تقتل نفسها .

ومما تعرض له الأصحاب في الخادمة أنها إذا احتاجت إلى إزالة الوسخ عن نفسها ، ولو لم تفعل ذلك ، لتأذت بالهوام والوسخ ، ثم تأذت بالمخدومة بها إذا كانت [تخامرها]^(١) ، فيجب على الزوج أن يكفيها ذلك ، وقد يكون من حاجتها المشط ، هكذا ذكره الصيدلاني ، وهو حسن متجه .

وفي بعض التصانيف ليس لها المشط ، فإنها إن تأذت ، كان تأذيها بمثابة تأذيها بأمراضها ، وليس على الزوج معالجة أمراضها فيما تتأذى به ، وإنما عليه أن يهيئ لها ما سبق تمهيده . والأصح ما ذكره الصيدلاني ، وليس تأذيها بالوسخ من قبيل الأمراض ؛ فإن الأمراض وإن كان يغلب طريانها في المدد ، فليس مما يُقضى فيها بأنها ستكون لا محالة ، وركوب الدرن والوسخ وتلبد الشعر ، ووقوع الهوام ، مما يقع وقوع الجوع ، فيجب أن تكفى هذه الجهة ، كما تكفى الحر والبرد .

١٠١٠٩- فأما إذا طلبت المرأة الدهن لترجل به ، فقال الرجل : أما ما تتأذّين به من وسخ ، فعليّ أن أهيب لك ما تستعينين به على إزالة ذلك ، وأما الزينة بالترجل ، فلست أبغيها منك ، وهي حظّي وليس من ضرورتك ، فظاهر كلام الأصحاب أنه يجب عليه إقامة آلة الزينة لها ، وليس يبعد من طريق الاحتمال ألا يجب ذلك لما أومأنا إليه ، ولها الطيب ، [ولم]^(٢) يوجب/ أحد على الزوج بذله لها ما يقطع الروائح الكريهة ، ٣٠٠ش ولا يتأتى قطعها إلا به كالمُرتك^(٣) في قطع الصّنان ، فهذا فيه نظر ؛ فإن الماء قد يكفي فيه ، مع استعمال ترابٍ أو غيره ، فإن كان لا يتأتى القطع إلا بما ذكرناه ، فنقطع

(١) مكان كلمة غير مقروءة بالأصل .

(٢) في الأصل : فلم .

(٣) المرتك : وزان جعفر ، ما يعالج الصنان . معرّب ، ولا يكاد يوجد في الكلام القديم (المصباح) .

بتحصيله لها ، فإن هذا مما [يؤذيها]^(١) في نفسها ، وعلى الفقيه ألا يغفل نظره عن الرواتب من هذه الأمور ، وعما يطرأ بعارض .

والكحل لم يوجبه أحد وألحقوه بالطيب ، ولم يختلفوا أنه لا يجب على الزوج مؤن المعالجة ، كالأدوية ومؤنة الحجامة والفصد ، وما في معانيها .

١٠١١٠- ومما يجب إعداده ماعون الدار كظروف الماء ، والقدر للطبخ ، وما في معناه من المغارف وغيرها مما يظهر الضرر بسبب فقدها ، ثم ظروف الماء قد تكون خزفية ، وقد تكون نحاسية ، والسبيل فيها الإمتاع ، كما ذكرناه في المسكن والمفارش ، ويتجه أن تكتفي الخاملة بظروف الخزف ، والشريفة تبغي النحاسية .

ويجوز أن يقال : طلب أواني النحاس من رعونات الأنفس ، وليس كالمسكن ، فإن المسكن الضيق يغم ويضر إضراراً بيّناً ، والعلم عند الله .

وإذا تعلق الكلام بالكفايات ، وأثبتت على خلاف المراتب ، لم يكن استيعاب المقاصد منها بالمسائل ، وإنما الممكن تمهيد الأصول على أقصى الإمكان في التقريب ، والله المستعان .

فَضْلُكَ

١٠١١١- المكاتب وإن كان موسعاً عليه ، فنفقته نفقة المعسرين ؛ فإن ملكه غير تام ، ولهذا قبض الشرع على يديه ، ومنعه من الاستقلال بالنفس في التبرعات ، وردد الشافعي القول في نفوذ تبرعاته بإذن المولى .

والعبد ينفق نفقة المعسرين سواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً له في التجارة ، وسواء ملكه المولى وفرعنا على أنه يملك بالتملك ، وسواء أذن له في إتلاف^(٢) جميع ما ملكه أو لم يأذن .

فأما إذا كان بعضه رقيقاً وبعضه حراً ، وقد كثرت أمواله ،

(١) في الأصل : يرزىها .

(٢) المراد بالإتلاف هنا الإنفاق .

[بالبعض]^(١) الحر منه ، فالذي أطلقه الأصحاب أن نفقته نفقة المعسرين لما فيه من نقص الرق ، وكل ما يبنى على كمال ، فمن بعضه رقيق فيه ملتحق بالأرقاء ، كالشهادات والولايات .

وقال المزني : إذا كان غنياً ببعضه الحر ، نظرنا إلى الرقيق منه والحر ، فإن كان النصف منه رقيقاً ، فيخرج نصف نفقة المعسرين ، وهو نصف مُدّ ويخرج نصف نفقة الموسرين وهو مد ، فيجتمع مد ونصف بهذا الاعتبار ، وإن تفاوت مقدار الرق والحرية ، فيتفاوت الحساب ، والمتبع الاعتبار الذي ذكرناه ، وهذا المسلك مشهور للمزني ، ومعظم الأصحاب على مخالفته .

وذهب بعض أصحابنا إلى اتباعه واختيار مذهبه ، وإلحاقه بمذهب الشافعي رضي الله عنه .



(١) في الأصل : فالبعض .

باب

الحال التي تجب فيها النفقة/

ي ٣٠١

قال الشافعي : « إذا كانت المرأة يجمع مثلها . . . إلى آخره »^(١) .

١٠١١٢- النكاح في القواعد معدود من موجبات النفقة ، كالقراة ، وملك اليمين ، ثم اشتهر في الطرق من الأصحاب ذكر قولين في أن النفقة تجب بالعقد أم بالتمكين ، وهذان القولان مستخرجان من معاني كلام الشافعي وتعاليله في المسائل على ما قد نبه على بعضها ، على حسب ميسر الحاجة .

والغرض من منشأ القولين يتبين بما نبه عليه ، فنقول : النفقات الدارة لا تجري مجرى الأعواض على التحقيق ، وإنما هي [كفاية]^(٢) في مقابلة ارتباط المرأة بحالة الزوجية ؛ فإن للزوج سلطاناً منعها عن التبسط ، فقابل الشرع ما أثبت له من الاحتكام عليها بإيجاب كفاية مؤنها عليه ، والصداق هو المذكور على صيغة [الأعواض]^(٣) في مقابلة البضع ، ثم صح عند المحققين أنه خارج عن حقائق الأعواض ، فإذا كان لا ينتصب الصداق عوضاً محققاً ، فالنفقات لا يتخيل ثبوتها عوضاً في العقد ، ولكن انقذ معنيان : أحدهما - احتباسها بالعقد على الزوج ، والآخر - تمكينها الزوج من الاستمتاع .

ولم يختلف العلماء أنها لو نشزت ، فلا نفقة لها في زمان النشوز ، فلما لم تكن النفقة عوضاً لمنافع البضع حتى يتوقف استقرارها على توفية المنافع ، كما يتوقف استقرار الأجرة على توفية المنافع المقابلة بها مقابلة الأعواض على التحقيق ، فقال قائلون : النفقة تجب بالعقد : معناه أنها تجب بالاحتباس الذي أوجبه العقد ، وذلك

(١) ر . المختصر : ٧٣ / ٥ .

(٢) في الأصل : كناية .

(٣) في الأصل : الأعراض .

مشروط بعدم النشوز ، وللشافعي لفظ في (السواد) ينطبق على هذا ، وهو أنه قال في نفقة الصغيرة : « ولو قال قائل ينفق لأنها ممنوعةٌ به من غيره ، لكان مذهباً »^(١) وهذا تعلق منه رضي الله عنه بما يقتضيه النكاح من المنع ، وإشارة إلى أن سبب وجوب النفقة ذلك .

ثم هذا يعتضد بقواعد لا خلاف فيها ، وهي أن المريضة التي لا تؤتى تستحق النفقة ، وإن انحسرت جميع وجوه الاستمتاع بها ، والرتقاء تستحق النفقة ، وإن عسر مقصود النكاح عسراً يثبت الاطلاع عليه الخيار في فسخ النكاح ، غير أنها إذا نشزت وامتنعت على زوجها ، أسقط الشرع نفقتها ؛ استحاثاً لها على الطاعة ، ودُعاءً إليها كما بين الله تعالى في لطيف كتابه ، [ردّهـن]^(٢) بالموعظة ، والهجران في المضجع ، والضرب إلى الطاعة .

وصاحب القول الثاني يقول : إيجاب المؤن على الزوج على مقابلة التمكين من الاستمتاع ، فالتعويل على التمكين ، ولا يفرض التمكين على الحلّ إلا في عقد .

ويتبين القولان بشيئين : أحدهما - أن الزوجين لو اختلفا : فقال الزوج : لم تمكّني ، وقالت : مكنتُ ، وذكرنا على موجب النزاع مدةً ، وحاول الزوج سقوط النفقة بها^(٣) ، وأرادت المرأة استقرارها في تلك المدة ، ففي المسألة قولان مشهوران : أحدهما - أن القول قول الزوجة . والثاني - أن القول قول الزوج / .

٣٠١ ش

ولا خروج لهذين القولين إلا على القولين المذكورين في موجب النفقة .

فإن قلنا : النفقة تجب باحتباسها في حباله النكاح ، ودوامها مشروط بعدم النشوز ، فكأن الزوج يدّعي عليها النشوز ، والأصل عدمه ، ولا حاجة بها إلى ادعاء التمكين ، وإنما [تنفي]^(٤) النشوز .

وإن قلنا : موجب النفقة التمكين ، فهي تدعي صدور التمكين منها ، والأصل

(١) ر . المختصر : ٧٣ / ٥ .

(٢) في الأصل : وُدّهـن .

(٣) الباء تأتي مرادفة لـ (في) .

(٤) في الأصل : يبقى .

عدمه ، فالقول قول الزوج . فهذا أحد ما يبين القولين .

والثاني - إن نكح امرأة ولم يطلب زفافها ، ولم تُظهر المرأة وأهلها امتناعاً ، وتمادى على ذلك الزمن ، فهل تستقر النفقة في زمان السكوت ؟ على القولين المتقدمين ، لست أشك في سماعهما من شيخي .

وقطع العراقيون بأن النفقة لا تثبت في زمان السكوت ، وليس من الممكن القطع بهذا مع إجراء القولين في الاختلاف الدائر بين الزوجين ، فنقول : إن قلنا : موجب النفقة العقد ولا تسقط إلا بالنشوز ، فلم يصدر منها نشوز ، فاستمرت النفقة ، واستقرت لقيام موجبها ، وانتفاء مسقطها .

وإن قلنا : النفقة تجب بالتمكين كما تستقر الأجرة بالتخلية والتمكين ، فلم يوجد من المرأة تمكين ، كما لم يوجد منها نشوز ، فلا تستحق النفقة .
هذا ما رأينا تصدير الباب به .

١٠١٣- ثم إن الشافعي ذكر نفقة الصغيرة المنكوحة ، وذكر النفقة على الزوج الصغير ، والمسلك الذي نراه أقرب إلى البيان وإيضاح الغرض ، تفصيل الصور ، ثم جمعها ، فإذا نكح الرجل صغيرة لا يؤتى مثلها لصغرها ، فهل تثبت نفقتها ؟ فعلى قولين منصوصين للشافعي ، وتوجيه القولين يعسر افتتاحه ، مع القطع بأن المريضة المُدنية تستحق النفقة ، لا نعرف في ذلك خلافاً ، فإذا تعلق موجب النفقة بذلك ، عسر على ناصر القول الثاني الفرق ، وليس على قول من يقول : [لا تنحسم جميع وجوه الاستمتاع في حق المريضة معوّلاً ؛ فإن التصوير الحاسم لجميع وجوه الاستمتاع ممكنٌ في حق المريضة]^(١) .

والوجه في تنزيل القولين أن نقول : الصبا المانع ، ثم الكبر الذي يتهياً معه الوقاع مما يترتب على ترتيب الخلق وأطوار التردد ، فكأن الصبية في نوبة من عمرها لا تقصد

(١) في الأصل : معوّلاً في حق المريضة . وفي عبارة الأصل خلل ظاهر ، هكذا : لا تنحسم جميع وجوه الاستمتاع معول ، في حق المريضة ؛ فإن التصوير الحاسم لجميع وجوه الاستمتاع معوّلاً في حق المريضة ، فإن التصوير الحاسم ممكن ، والوجه تنزيل . . .

للاستمتاع ، وإنما يعتقد أوان الاستمتاع بعد الترقى عن الصغر المفرط ، والأمراض عوارض لا ترتب لها ، ولا تعدّ من الأطوار التي يقع عليها أدوار النشوء ، فلم ير الشرع اعتبارها ، وأمّا الرتق ، فأمر دائم لا يزول ، وهو من ضرورة الخلقة ، والنكاح يدوم ، فلو أسقطنا نفقتها ، لأدما حبسها من غير كفاية .

فإذا وقع التنبه لهذا ، وظهر تميز الصغيرة عن المريضة ، والرتقاء ، فنوجه القولين بعد ذلك ونقول : تستحق النفقة للاحتباس ، وهذا تعليل الشافعي وينطبق هذا بعد التحرز عن المرض والرتق - على ما ذكرناه من القولين في أن النفقة/ تجب بماذا ؟ ٣٠٢ ي
ومن لم يوجب النفقة لم يعتبر الصغر بالمرض ، واعتضد بأن الصغيرة لا تعدّ في العرف محتبسة بالزوجية ، بل هي محتبسة بصغرها ، والاستمتاع مرقوب ودرور النفقة موقوف على أوان الاستمتاع .
هذا إذا نكح الرجل صغيرة .

١٠١٤- فأما إذا زوّجت امرأة من صغير لا يتأتى الاستمتاع منه ، ففي المسألة قولان أيضاً ، أما وجه وجوب النفقة ، فبيّن ؛ فإن المانع في الزوج ، والمرأة [متهية]^(١) ، وأما من أسقط النفقة ، فتعويله ما قدمناه ، من أن الصغر لم يعدّ في عرف أهل الدين من نوب المطالبات بالنفقة ، والأولى ترتيب القولين في صغره على القولين في صغرها ، فإن قلنا : صغرها لا يسقط النفقة ، فلأن لا يسقط صغره النفقة أولى .

وإن قلنا : صغرها يسقط النفقة بخلاف مرضها ، ففي صغره قولان ، والفارق أن الصغر من جانبها مانع في محل التمكين ، بخلاف الصغر في جانبه .

ولو زوجت صغيرة من صغير ، والصغر من كل واحد منهما مانع فالقولان في النفقة جاريان ، وهما مرتبان على القولين في صغره . وإن أحببت رتبتهما على القولين في صغرها والزوج كبير .

١٠١٥- وإن جمعنا الصور وأردنا أن نجري الأقوال في جميعها ، قلنا : أحد الأقوال - أن الصغر ينافي وجوب النفقة في أي جانب فرض ، والثاني - أنه لا ينافي

(١) في الأصل : متهمة .

وجوب النفقة في أي جانب كان ، والثالث - أن الصغر فيها ينافي وجوب النفقة ، والصغر فيه لا ينافي وجوب النفقة .

ويجري قول رابع أن الصغر فيهما ينافي وجوب النفقة ، والصغر في أحدهما لا ينافي الوجوب .

وسرّ هذا الفصل في تمييز الصغر عن البرص والرتق ، وتنزيل القول فيه على نوب الخلقة ، أو على احتباس المرأة بالعقد .

واختار المزماني أن صغرها يسقط النفقة وصغر الزوج لا يسقط النفقة ، إنما ذكرت اختيار المزماني ؛ لأن الفطن قد يرى إسقاط النفقة لصغر المرأة على خلاف القياس ، وإذا اعترض مثل هذا الظن ورأينا المزماني على مخالفته ، قوي الاعتضاد بمذهبه .

وفي بعض التصانيف أن البالغة إن نكحت صغيراً على علم ، ففي نفقتها قولان ، كما ذكرناهما ، وإن نكحت ولم تعلم صغر الزوج ، استحقت النفقة قولاً واحداً .

وهذا التفصيل لم أراه لأحد من الأئمة المعبرين ، وما يُسقط النفقة لا يختلف بالجهل والعلم . [والعلم]^(١) عند الله .

فصل في

في التمكين ومعناه والنشوز المسقط للنفقة ، والأسباب المانعة من الاستمتاع التي تجب النفقة معها .

١٠١١٦- وأما التمكين ، فإذا قالت المرأة المستقلة ، أو قال أهلها- إن كانت محجوراً عليها- مهما سُقَّت الصداق ، زفناها ، فهذا تمكين ، فإذا أعرض الزوج ، وامتدت المدة ، استقرت النفقة ؛ فإن نفقة الزوجية لا تسقط بمرور الزمن بخلاف نفقة ش ٣٠٢ القرابة ، ولا يتوقف استقرارها ديناً في الذمة/ على قضاء القاضي وفرضه ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) ، هذا تصوير التمكين ، ولو فرض السكوت ، فقد أثبتنا جريان القولين في صدر الباب .

(١) سقطت من الأصل .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٢٢٣ ، فتح القدير : ٣٩٤ / ٤ .

ولو كانت صغيرة لا يتأتى وقاعها ، ورأينا إيجاب النفقة للصغيرة ، فلا حاجة في تقرر النفقة في الصغر على وعد الزفاف عند إمكان الاستمتاع ، بل تستقر النفقة في الصغر مع السكوت وترك التعرض وفاقاً ، وإذا حان زمان الإمكان ، [فتصوير]^(١) التمكين والسكوت على ما مضى ، ولا يتوقف إمكان الاستمتاع على البلوغ ؛ فإن الاستمتاع ممكن قبله ، وكذلك لا يتوقف تمكن الزوج من الاستمتاع على بلوغه ، فإن الصبي ينتشر ويجمع .

ولو كانت المرأة مريضة لا يتأتى وقاعها ، فنفقتها دارة وإن امتنعت عن الاستخلاء بالزوج ، ولو قال الزوج : زفوها إليّ ، وأنا أمتنع عن وقاعها إلى أن [تشتد]^(٢) ، لم يؤتمن عليها ، هذا إذا ثبت المرض المانع ، وإن أنكر الزوج امتناع الوقاع ، فشهدت أربع نسوة على المانع ، ثبت [المرض]^(٣) وقرت النفقة . وإن شهدت امرأة واحدة ، ففي بعض التصانيف في ذلك وجهان ، ذكرهما العراقيون ، وتحصيل القول فيهما يؤول إلى أنا هل نكتفي في هذا المقام بخبر من يوثق به ، وتقبل روايته ؟ فعلى الخلاف الذي ذكرناه ، والسبب في هذا التردد طريان العوارض عند فقدان أربع [يشهدن]^(٤) .

ولو لم يكن بالحضرة شاهدة ، وكانت في بيتها على ظاهر الصحة ، فادعت سبباً باطناً لا يبعد صدقها فيه ، وزعمت أنه ينالها من الوقاع شدة ضرر ، فلا تصدق ، ولها أن تحلف زوجها على نفي العلم . ولو كانت على دنف ومرض ظاهر ، ولكن كان لا يثبت ما ينالها من الضرر بمجرد ما يشاهد منها ، فهو كما لو كان ظاهرها الصحة .

هذا قولنا في التمكين ، وما يليق به .

١٠١٧- وأما النشوز ، فإذا توفر عليها حقها ، ووجب عليها تسليمها نفسها ، فأبت ، فهي ناشزة ، ولا نفقة لناشزة بالاتفاق .

(١) في الأصل : بتصوير .

(٢) في الأصل : تستبد . والمثبت من صفوة المذهب .

(٣) في الأصل : الغرض . والمثبت من تصرف المحقق .

(٤) في الأصل : شهدن .

ولو امتنعت ، فكان الزوج قادراً على ردها إلى الطاعة ، فنفقتها تسقط ، ولا نكلف الزوج معاناة ردها وإن قدر عليه .

ولو امتنعت على زوجها في دار زوجها ، فهي ناشزة ، إلا أن يكون ذلك [محاولة]^(١) دلال يغلب جريانه من اللواتي لا امتناع بهن ، ولا يخفى تمييزه عن النشوز .

ومن القواعد أنها لو فارقت مسكن النكاح غاضبة ، فهي ناشزة ، ولو فارقت بإذن الزوج في شغل الزوج ، أو سافرت كذلك في شغله ، فنفقتها دائمة ، ولو خرجت أو سافرت بإذن الزوج في شغل نفسها ، ففي سقوط النفقة قولان : أحدهما - أنها لا تسقط لإذن الزوج واتصافها بنقيض المخالفة . والقول الثاني - أن النفقة تسقط ؛ فإنها استبدلت عن تمكينها شغلاً لها ، فيبعد أن يجتمع لها قضاء وطرها من شغلها ودرور ي ٣٠٣ النفقة ، وهذا الاختلاف له التفات على القولين المذكورين في صدر الباب / : فإن قلنا : النفقة لا تسقط إلا بالنشوز ، فهذه ليست بناشزة ، وإن قلنا : لا تجب النفقة إلا بالتمكين ، فهذه ليست ممكنة .

١٠١١٨- فهذا قواعد الكلام في التمكين والنشوز ، والأعذار العارضة ، ونحن نفرض عليها مسائل مقصودة في أنفسها ، وهي تفيد تمهيداً لأصول .

فمما ذكره المزماني إحرام المرأة ، والقول في ذلك يتفصل ، فنذكر التفصيل فيه إذا أحرمت بإذن الزوج ، ثم نذكر التفصيل فيه إذا أحرمت بغير إذنه .

فأما إذا أحرمت بإذن الزوج ، فلا يملك الزوج تحليلها لصدر الإحرام عن إذنه ، ثم لها حالتان : حالة إقامة ، وحالة ظعن : أما إذا ظعنت مسافرة آمة بيت الله ، فهي مسافرة بإذن زوجها في شغل نفسها ، ففي سقوط نفقتها في هذه الأيام قولان جاريان إلى أن تقضي نسكها ، وتؤوب إلى زوجها .

فأما إذا أحرمت وبقيت في مسكن النكاح أياماً إلى اتفاق الخروج ، فالذي تحصل

(١) في الأصل : بجانبه دلال . والمثبت تصرف من المحقق .

لنا من طرق العراق وغيرها طريقان : ذهب الأكثرون إلى وجوب النفقة ؛ فإنها تحت يد الزوج وامتناع [الوقاع]^(١) صادر عن إذنه .

ومنهم من قال : في سقوط نفقتها قولان ، كما لو خرجت ؛ فإن الوقاع قد امتنع ، وتبعه امتناع جميع وجوه الاستمتاع ، فلا أثر لكونها في المسكن ، ولا فرق بين إقامتها وظعنها ، وهذه الطريقة أقيس ، وطريقة القطع أشهر في الحكاية .

ولو أحرمت بإذن الزوج ، وهمت بالخروج فنهاها الزوج عن الخروج ، فالذي حكاه الصيدلاني عن القفال أنه كان يقول : تسقط النفقة إذا خرجت على مخالفته قولاً واحداً ، والذي يقتضيه كلام الأئمة في الطرق إجراء القولين ، وقد حكاهما الصيدلاني عن الأصحاب ، والوجه فيه أنها إذا لابت الإحرام ، فلا خلاص لها ما لم تلق البيت ، فكأن الزوج ورطها في ذلك ، والوجه ما ذكره الأصحاب . وكل ذلك وإحرامها بإذن الزوج .

١٠١٩- فأما إذا أحرمت بغير إذنه ، فللشافعي قولان في أن الزوج هل يملك تحليلها ، وهل يفصل بين حج الفرض وحج التطوع ؟ فيه تفصيل ذكرناه في باب الحصر من كتاب الحج ، فإن قلنا : يملك الزوج تحليلها ، فإن حللها ، استمرت النفقة وزال المانع ، وإن لم يحللها ، فالذي ذهب إليه الجماهير أن نفقتها لا تسقط ما دامت مقيمة ؛ فإنها في قبضته والزوج مقتدر على تحليلها ، وفي بعض التصانيف حكاية وجه أن نفقتها تسقط ؛ فإنها فعلت ما يتصور منها ، والإحرام على الجملة مانع ، وقد ترتاع نفس الزوج عن تحليلها ، ويمكن أن يقال : قدرته على تحليلها بمثابة قدرته على رد الناشئة عن استعصائها . ولو خرجت ، لم يخف أنها ناشئة .

هذا إذا قلنا : يملك الزوج تحليلها . فأما إذا قلنا : لا يملك الزوج تحليلها ، فلا يملك أيضاً منعها من الخروج ، فلا نفقة لها إذا خرجت ؛ فإنها لم تستأذن زوجها ، وهل لها النفقة ما دامت مقيمة / إلى الخروج ، فالوجه عندنا القطع بأنها لا تستحق

(١) في الأصل : الوفاق . والمثبت تصرف من المحقق .

النفقة . وذكر الصيدلاني في ذلك وجهين : أحدهما - ما ذكرناه ، والثاني - تستحق النفقة ؛ فإنها لو أرادت التحلل ، لم يمكنها ، وإنما يُقضى عليها بالنشوز إذا تبادت في امتناع هي [قادرة]^(١) على النزول عنه والرجوع إلى الطاعة^(٢) .

وهذا يقرب بعض القرب من مسائل ذكرناها في كتاب الصلاة : منها أن من ردّي نفسه من شاهر ، وانخلعت قدماه ، وصلى قاعداً أياماً ثم [استبّل]^(٣) ، فهل يلزمه قضاء الصلوات التي أقامها قاعداً ؟ فيه تردد .

والوجه عندنا ما قدمناه من إسقاط النفقة ؛ فإن الامتناع إذا نسب إليها ، كفى ذلك في سقوط ما تستحق على مقابلة التمكين .

فأما الرخص ؛ فإنما يمتنع ثبوتها بسبب العصيان ، والعصيان يتحقق في الأفعال الاختيارية ، وقد انقضى عصيان المُردي نفسه .

ولم أر هذين الوجهين إلا للصيدلاني .

١٠١٢٠ - ومن المسائل التي نذكرها صيام المرأة : أما الصيام في رمضان فلا يُسقط نفقتها ، وهو بمثابة اشتغالها بوظائف الطهارات والصلوات في أوانها ، ويعترض في ذلك أنا إذا جوزنا للمرأة أن تخرج لحجة الإسلام ، وإن كان لا يحرم عليها التأخير ، فهل تستحق النفقة كما تستحق في أيام رمضان ، أم كيف السبيل فيه ؟ هذا فيه تردد ؛ من جهة أن الحج لا نوجب ابتداره على الفور . ونحن وإن جوزنا لها الخروج لتتخلص من [الغرر]^(٤) ، فيبعد أن تستفيد ذلك ، وتترك ناجز حق الزوج ، ونفقتها دارة ، ويجوز أن يقال : هي مقيمة فرض الإسلام ، ولم نمنعها من إقامته على القول الذي انتهى التفريع إليه .

(١) في الأصل : نادرة .

(٢) المعنى أنها ليست ممتنعة على الزوج بإرادتها فهي غير قادرة على التحلل ، وأما النشوز فهو الامتناع مع القدرة على الإجابة .

(٣) في الأصل : استبد . واستبّل : أي شفي وتعافى .

(٤) في الأصل : العذر . والمثبت تقدير من المحقق . ثم المقصود بالغرر هنا الخطر في تأجيل الحج ومفاجأة الموت .

ولا ينبغي أن يعتمد الفقيه في الفرق بين الصوم وبين الحج تخلل الليالي ، فإنها لو كانت تنشر نهاراً وتمكّن ليلاً ، لم يُطلق القول بثبوت نفقتها ، وقد أجرينا في هذا اختلافاً [وتردداً]^(١) ، ولا خلاف أن نفقتها لا تسقط في صوم رمضان .

ولو كانت صائمة تطوعاً أو نذراً لم يصدر عن إذن الزوج : أما صوم التطوع ، فللزوج قطعه عليها ، وفي صوم النذر ترتيب : فإن نذرت في الزوجية من غير إذنه ، كان له قطعه عليها ، فنقول : إذا كان يملك القطع ، فقد ذكر العراقيون أنه لا تسقط نفقتها ، وهو مما كان يقطع به شيخي .

وفي بعض التصانيف وجهان ، وقد ذكرنا نظيرهما في الإحرام على قولنا : للزوج أن يحللها إذا أحرمت بغير إذنه .

والوجه عندنا ترتيب الصوم على الإحرام ؛ وذلك أن الزوج يُقدم على الاستمتاع بالصائمة من غير تقديم أمرٍ ، ويكون استمتاعه بها تحليلاً ، وهذا لا يتحقق في الإحرام ؛ فإنه يجب عليه أن يحللها أولاً ، ثم يستمتع بها ، فإن لم يكن من إجراء الخلاف بدّ على ما ذكره بعض المصنفين ، فالوجه ترتيبه على الخلاف المذكور في الإحرام ، وطريق العرف^(٢) ما أشرنا إليه .

هذا إذا أصبحت صائمة والزوج/ قادر على الاستمتاع ، وقد ساغ له قطع الصوم ٣٠٤ ي عليها .

وأما إذا حاول إفساد الصوم عليها ، فامتنعت ، فقد ذكر العراقيون وجهين في أن نفقتها هل تسقط في ذلك اليوم ، ولعلمهم قالوا هذا في يومٍ أو أيام قلائل مفرقة على كثر الأيام وسأبين أصله .

فأما إذا أكثر الصيام ، وامتنعت لأجل الصيام على الزوج نهاراً ، فيجب القطع بتنزيل ذلك منزلة النشوز منها في تلك الأيام مع التمكين ليلاً ، ثم لا يخفى التفصيل .

١٠١٢١- ونحن الآن نجمع فصولاً تمس الحاجة إليها فنقول : لا شك أن الزوج

(١) في الأصل : متردداً .

(٢) كذا . ولعلها طريق (القطع) : أي القطع بعدم سقوط النفقة . والله أعلم .

لا يمنع الزوجة من وظائف الشريعة المفروضة ، ولو أراد أن يمنعها عن إقامة الصلاة في أول الوقت ، ففيه اختلاف مشهور بين الأصحاب .

وكذلك لو منعها من إقامة السنن الرواتب ، ففيه الخلاف أيضاً ؛ فإن في تعجيل الصلاة فضيلة ، والزوج بتكليفها التأخير يفوتها عليها .

وكان شيخي يجري الخلاف في صومها في يوم عرفة وعاشوراء ؛ فإن الأخبار المرغبة فيها ظاهرة ، فنزل صومها منزلة اشتغالها برواتب السنن .

وأما إذا كانت تعتاد صوم الاثنين والخميس ، فللزوجة منعها من المواظبة على ذلك ؛ فإنها لو [فعلت]^(١) هذا على مخالفة الزوج ، لكانت معطلة عليه أياماً من الشهر ، وما حكيناه من خلاف العراقيين في صوم يوم هو بالإضافة إلى الأيام بحيث لا يعد قادحاً في استمرار الاستمتاع .

ولست أردّ فكري إلى ضبط فيه ، ومعتقدي أنها ناشزة إلا في صوم عرفة وعاشوراء ، ثم في صومها الخلاف الذي ذكرته في رواتب السنن .

هذا إذا كان الزوج يرهقها^(٢) ، وأما إذا أتت بما يبدو لها من صوم في غيبة الزوج ، فلتفعل من هذا ما بدا لها ، ولو أرادت أن تحج ، فتفصيله في كتاب الحج .

وإن فاتتها أيام من رمضان ، فوقت القضاء السنة ، فإن أرادت ابتدارها ، وأراد الزوج منعها من الابتدار ، فهذا على الخلاف في تعجيل الصلاة وتأخيرها . فإن قلنا : لها أن تعجل القضاء ، فالأولى أن نفقتها لا تسقط بخلاف الحج ؛ فإننا وإن جوزنا الخروج فيه ، فهو انقطاع عن الزوج إلى اتفاق الأوبة .

هذا منتهى الغرض في هذه المسائل .

فَرَجْعٌ : ١٠١٢٢- إذا فارقت المرأة مسكنَ النكاح في غيبة الزوج ناشزة ، سقطت نفقتها بنشوزها ، فإن عادت إلى المسكن ، واستمرت على الطاعة ، فهل نقول : تعود

(١) في الأصل : « ملكت » .

(٢) يَرْهَقُهَا : أي يقيم معها .

نفقتها بعودها إلى الطاعة ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أن نفقتها تعود كما^(١) عادت ؛ فإن علة سقوط النفقة [النشوز]^(٢) وقد زال .

ومن أصحابنا من قال : لا تعود نفقتها بنفس العود إلى الطاعة ، حتى يعلم الزوج عودها إلى الطاعة على ما سَنَصِفُه الآن ، فإن حكمنا بعود النفقة ، فلا كلام ، وإن حكمنا بأن النفقة لا تعود بنفس العود إلى الطاعة ، فلو جاءت إلى القاضي وأخبرته ، والتمست منه أن ينهي إلى البلدة/ التي بها الزوج عودها إلى الطاعة ، فإذا فعل القاضي ٣٠٤ ش ذلك ، ومضى زمان بعد بلوغ الخبر لو أراد الزوج الرجوع فيه ، لرجع ، فإذا مضت هذه المدة ، فتعود نفقتها حينئذ .

وذكر الأصحاب إعلام^(٣) الزوج القاضي ورفع الأمر إليه ، ولست أرى الإعلام مقصوراً على القاضي ، [فلو]^(٤) حصل الإعلام من جهة أخرى لا يمتنع أن يكفي ، ولكن فحوى كلام [الأصحاب]^(٥) يشير إلى أنه لا بد من حكم الحاكم بعودها إلى الطاعة ، وهذا يبعد اشتراطه .

١٠١٢٣- ومن تمام البيان في ذلك أن المرأة لو ارتدت بعد المسيس في غيبة الزوج ، ثم عادت ، فالمذهب أنها لا تستحق النفقة في زمان الردة .

ومن أثبت من أصحابنا للمشاركة المتخلفة عن إسلام الزوج النفقة إذا هي أسلمت في العدة في أيام شركها ، خرّج وجهاً في أن المرتدة تستحق النفقة إذا عادت قبل انقضاء العدة ، وهذا بعيد جداً ، والجريان على أن نفقتها تسقط بالردة .

فإذا أسلمت قال العراقيون : عادت نفقتها ، وإن لم يبلغ الخبر الزوج ، وأما أئمتنا المراوذة ، فإنهم لم يفصلوا بين أن يكون سقوط النفقة بالردة ، وبين أن يكون سقوطها بالخروج من مسكن النكاح .

(١) كما عادت : أي عندما عادت .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : « في إعلام الزوج » .

(٤) في الأصل : ولو .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

والذي أرى نظمَه بعد ذلك أن نشوزها إن ظهر وانتشر ، فتركته ورجعت إلى الطاعة ، ففي عود النفقة واشتراط [الإعلام]^(١) الخلاف الذي ذكرته ، والظاهر في النقل اشتراط الإعلام ، وانقضاء مدة الرجوع .

وإن جرى نشوز خفي من غير إظهار ، ثم فرض العود إلى الطاعة ، ففي المسألة طريقان : من أصحابنا من قطع بأن لا اشتراط للإعلام ، بخلاف النشوز الظاهر ، ومنهم من أجرى الخلاف . هذا هو التفصيل في ذلك .

فصل في

قال الشافعي : « ولا يبرىء الزوج من نفقتها . . . إلى آخره »^(٢) .

١٠١٢٤- أشار إلى ما قدمناه من أن استقرار نفقة الزوجية لا يتوقف على فرض القاضي ، فلو مرت الأيام ، والنفقة منقطعة واستحقاقها دائم ، فتصير وظائف تلك الأيام ديناً ، ولا شك أن هذا فيما يشترط التملك فيه ، فأما ما يستحق فيه الإمتاع ، فالإمتاع في الزمن الماضي لا يتصور استدراكه .

ثم ذكر الشافعي أن الزوج والزوجة إذا اختلفا ، فأنكرت المرأة قبض النفقة ، وادّعى الزوج تسليمها ، فالقول قول المرأة ، فإن الأصل عدم القبض ، قياساً على الديون ، ولا فرق بين أن يكون الزوج غائباً أو حاضراً ، وقصد بهذا الرد على مالك^(٣) ، فإنه قال : إذا كان الزوج حاضراً ، فالقول قوله ، وزعم أن الغالب أنه ينفق ، وهذا إنما قاله والزوجة معه في الدار ، ونحن لا نفرق .

ي ٣٠٥ ثم ذكر/ الشافعي تفصيل القول في نفقة الكافرة إذا تخلفت عن إسلام الزوج ، ثم أسلمت في العدة ، وقد ذكرنا ذلك مستقصى في نكاح المشركات وذكر طرفاً من نفقة زوجة العبد ، وقد تقدم استقصاء جميع ذلك ، والله الحمد والمنة .

* * *

(١) في الأصل : الأعمال .

(٢) ر . المختصر : ٧٤/٥ .

(٣) ر . المدونة : ١٩٢/٢ ، عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب : ٣/١٣٩٨ مسألة ٩٧٩ .

باب الرجل لا يجد النفقة

قال الشافعي : « ولما دل الكتاب والسنة على أن حق المرأة على الزوج أن يعولها . . . إلى آخره »^(١) .

١٠١٢٥- إذا أعسر الرجل بنفقة امرأته ، وتحقق ذلك ، فالمنصوص عليه في معظم الكتب أنه يثبت حق رفع النكاح ، وقال الشافعي في تحريم الجمع : لا يثبت حق رفع النكاح ، ففي المسألة قولان إذاً ، وتوجيههما مستقصى في طيول المسائل ، ولكننا نذكر المقدار الذي يُقنع ، ويتعلق بضبط المذهب :

من قال : لا يثبت لها حق رفع النكاح احتج بأن النفقة من التوابع ، ومقصود النكاح المستمتع ، وهو بعيد عن الفسخ ، والمطالبة بالرفع ، فلا يجوز طلب رفعه بتعذر تابع ، ويتبين كون النفقة تابعة بكونها غير معقود عليها .

ومن نصر القول الثاني اعتقد كفاية المؤن في جانبها حقها المطلوب ؛ فإن استحقاق الاستمتاع للرجل ، ولا استحقاق للمرأة إلا في كفايتها ، ثم تعذر الاستمتاع - التي هي تابعة فيه غير مستحقة - يثبت لها حق الفسخ ، فلأن يثبت لها حق الفسخ بتعذر ما هو مقصودها المطلوب ، وحقها الذي يوصف باستحقاقه وملك طلبه أولى .

ثم الكلام بعد هذا التمهيد في فصول : أحدها - في تفصيل التعذر الذي يناط به حق الرفع . والثاني - فيما يتعذر من المؤن . والثالث - في تفصيل الرفع وكيفيته . والرابع - فيمن يثبت له هذا الحق ، ثم إن شذت مسائل عن مضمون هذه الفصول ، رسمناها فروعاً .

١٠١٢٦- فأما القول في معنى التعذر : فإن كان الزوج ينفق يوماً فيوماً ، فلا تعذر

والنكاح على استمراره ، وإن كانت تعتقد أن كسبه إنما يفي بحاجات [الصيف]^(١) وهي [تظن]^(٢) أنها لو أخرت الفسخ إلى الشتاء ، لم تُخطب ولم تطلب^(٣) ، فهذا من [الوساوس]^(٤) وللأحوال تحوّل ، فلا يثبت حق الرفع قبل وقوع التعذر .

ولو لم يجد ما ينفقه ، ولم يستمكن من كسب يجمع القوت ، فهذا هو الإعسار .
ولو كان غنياً ، ولكنه امتنع عن الإنفاق ، فللأصحاب طريقان : فمنهم من قطع بأن حق [الرفع]^(٥) لا يثبت ، ولكنها تحرص على تحصيل حقها من زوجها ، فإن تمكنت ، فذاك ، وإلا استعازت بمن إليه الأمر .

ومن أصحابنا من جعل في الامتناع قولين ؛ فإن النظر إلى التعذر ، وقد تحقق التعذر .

والذي يجب القطع به أنها إذا قدرت على تحصيل حقها بأخذ طائفة من ماله ، أو كان التحصيل ممكناً بالوالي على قُرب ، فها هنا [نقطع]^(٦) بأنه لا يثبت الفسخ ، وإن كان لا تمتد يدها إلى ماله ، وكان التحصيل بالوالي عسراً ، فهذا محل الطريقين .

ش ٣٠٥ فإن قيل : خصصتم حقّ فسخ / البيع والرجوع إلى المبيع بإفلاس المشتري . قلنا : إذا امتنع عن توفية الثمن ، ففي إثبات حق الفسخ كلام ذكرناه في البيع ، ثم في الإفلاس .

ولو كان الرجل كسوباً ، ولم يكن ذا مال ، فامتنع من الاكتساب ، فهذا إعسارٌ

(١) في الأصل : المضيف .

(٢) في الأصل : تضمن .

(٣) المعنى أنها تريد رفع النكاح من الآن (الصيف) مع أن زوجها يملك نفقة الصيف بطوله ، وهي تخشى إن أخرت إلى حين تحقق الإعسار في الشتاء ، أن تضيع منها فرصة الخاطب الطالب للزواج منها . فلا يحق لها ذلك ، فإن هذا من الوساوس ، والأحوال قد تبدّل وتتغير ، ويصبح زوجها واجداً لنفقة الشتاء وما بعده .

(٤) في الأصل : المساوس .

(٥) في الأصل : حق الزوج .

(٦) في الأصل : فقطع .

بالنفقة على التحقيق ، وإن كان متمكناً من تحصيل النفقة بالكسب ، [وسياًتي] ^(١) فصل جامع في أنا هل نوجب على الرجل أن يكتسب لينفق على غيره ، وقدر غرضنا الآن ما نصصنا عليه .

١٠١٢٧- فأما القول فيما يتعلق حق الرفع بتعذره ^(٢) ، فالقوت هو الأصل ، فإذا تعذر كله ، ثبت حق الرفع ، وكل هذه الفصول وما يتبعها من الفروع تبنى على إثبات حق الرفع لا محالة .

١٠١٢٧/م- وإذا بان ما ذكرناه في القوت ، فأول مذكور بعده الإعسار بالصداق ، فإذا أعسر الزوج بالصداق ، لم يخل إما أن يكون ذلك قبل الميسيس وإما أن يكون بعد الميسيس ، فإن كان قبل الميسيس ، ففي المسألة طريقان : إحداهما - أن المسألة تخرج على قولين في حق الرفع قياساً على الإعسار بالقوت .

والطريقة الأخرى وهي المرضية أنه لا يثبت حق الرفع ؛ فإن الصداق ليس على حقائق الأعواض ؛ إذ رده لا يوجب ارتداد النكاح وفساده ، فتعذره ينبغي أن لا يسلط على رفع النكاح ، وليس الصداق مؤونة دارة وكفاية عامة بخلاف النفقة ، فإذا خرج عن كونه كفاية ، وعن كونه عوضاً محققاً ، بعد أن يثبت الإعسار به حق الرفع .

هذا إذا لم يجر الميسيس .

فإن جرى دخول وميسيس ، فقد تقدم في أحكام الصداق أن المرأة ، إذا مكنت مرة ، لم يكن لها منع نفسها عن زوجها ليوفر الصداق ، بل تسليمها نفسها مرة يلزمها التسليم أبداً .

ولو استكرهها الزوج أول مرة ووطئها ، فقد استقر مهرها ، وهل يبطل حقها في حبس نفسها عن الزوج ؟ فعلى وجهين تقدم ذكرهما فيما تقدم .

وإذا تجدد العهد بهذا ، فلو فرض الإعسار بالمهر بعد الميسيس ، فالذي قطع به الأئمة أنه لا يثبت لها حق الفسخ قولاً واحداً .

(١) في الأصل : فسياًتي .

(٢) هذا هو الفصل الثاني .

وفي بعض التصانيف أن من أصحابنا من يطرد القولين بعد الميسيس ، وهذا غلط صريح غير معتد به ؛ من جهة أنا لو أثبتنا حق الفسخ بالإعسار بالمهر بعد الميسيس ، [لزمنا]^(١) أن نثبت لها حق منع النفس إذا مكنت مرة ، وهذا أهون من التسليط على رفع النكاح . فإن تشبث من يطرد القولين بخلاف في منعها نفسها ، لم يقبل ذلك [منه]^(٢) ، وكان كلاماً مسبقاً بإجماع الأصحاب .

وإن سلم أن حق الحبس لا يثبت بعد جريان وطئه ، فلا مطمع في الفرق .

ومما يتصل بهذا الفصل الكلام في المفوضة ، فإذا رضيت المرأة بإسقاط المهر من النكاح ، فالقولان في أنها هل تستحق المهر بالنكاح المذكوران على أكمل وجه في البيان . فإن قلنا : لا يثبت للمفوضة مهر مثلها ، فلها حق طلب الفرض ، ثم إذا فرض ي ٣٠٦ لها وتحقق الإعسار ، التحق تعذر المفروض بتعذر/ المهر المسمى .

وإن قلنا : إنها تستحق بالعقد المهر ، وتحقق التعذر ، فهل يتوقف حق الفسخ - إذا أثبتنا حق الفسخ في المهر - على أن يفرض لها أم تملك الفسخ قبل الفرض ؟ فعلى وجهين لا يخفى توجيههما على من أحاط بأسرار التفويض ، ولم يخف عليه أصل الباب .

هذا قولنا في المهر .

١٠١٢٨- ولو كان الزوج موسراً فأعسر ، [فنفقته]^(٣) نفقة المعسرين ، ولا نقول : تعذر المد الزائد ، بل رجعت وظيفة النفقة إلى هذا المقدار .

ولو كان يقدر كل يوم على نصف مد ، وأقل النفقة مد ، فهل يثبت للمرأة حق الفسخ ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يثبت ، وإليه صار الجماهير . والثاني - وهو مذكور في بعض التصانيف أنه لا يثبت لها حق الرفع ؛ فإن نصف القوت كفاف على حال .

ولو كان يقدر على تحصيل ثلث المد ، فلها حق الرفع ، والذي ذكرناه من الخلاف

(١) في الأصل : لزماً .

(٢) في الأصل : منها .

(٣) في الأصل : فنقصه .

مخصوص بالنصف ، وهو مأخوذ من عرف متأيد بقول الشارع ، وذلك أن القوت الكافي إذا شارك الرجل فيه مؤاكل ، فبالحري أن يمكن [ترجية] ^(١) الوقت به ؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « طعام الواحد يكفي الاثنين » ^(٢) .

وهذا بعيد ؛ فإن النفس في الغالب لا تقوم بنصف مد ، وإن تزجى يوم على هذا ، لم يحتمل استمراره .

فأما الإعسار بالأدم ، فالذي عليه الأئمة أنه لا يثبت حق رفع النكاح ، قال الشيخ أبو حامد : لست أقول غير هذا [و] ^(٣) إن قاله غيري ، وهذا تشييب منه بخلاف في الأدم ، هكذا حكاه الشيخ أبو علي عنه ، ثم قال : يحتمل عندي احتمالاً ظاهراً أن يثبت حق الفسخ ، بتعذر الأدم ، لأنه من النفقة ، ولا يخلو عن استحقاقه نكاح ، وليس كنصف المد في حق المتوسط ، ولا كالمذ الزائد في حق الموسر ؛ [فإنه] ^(٤) إذا أعسر ، سقط وجوب الزائد ، ورجعت وظيفة النفقة إلى المد ، والأدم لا يسقط بحال ، وإن تعذر ، صار ديناً ملتزماً في الذمة ، فكأنه جزء من القوت .

١٠١٢٩- ومما اختلف الأصحاب فيه تعذر الكسوة والمسكن : فمن أصحابنا من أثبت حق رفع النكاح [بتعذرهما] ^(٥) ، لما في عدمهما من الضرر .

[ومنهم] ^(٦) من لم يثبت حق الفسخ بهما ؛ فإن النفس تقوم دونهما ، وهذا لا يؤخذ من التردد في أن التملك هل يراعى في الكسوة ؛ فإن هذا إن كان يجري في الكسوة ، فلا تردد في المسكن ، والخلاف فيهما مطرد ، ثم التملك واستحقاقه

(١) في الأصل : توجيه .

(٢) حديث « طعام الواحد يكفي الاثنين » رواه مسلم والترمذي وابن ماجه عن جابر رضي الله عنه (مسلم : الأشربة ، باب فضيلة المواساة في الطعام القليل وأن طعام الاثنين يكفي الثلاثة ، ونحو ذلك ، ح ٢٠٥٩ ، الترمذي : الأطعمة ، باب ما جاء طعام الواحد يكفي الاثنين ، وابن ماجه : الأطعمة ، باب طعام الواحد يكفي الاثنين ، ح ١٨٢٠) .

(٣) الواو زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : فإنها .

(٥) في الأصل : وتعذرهما .

(٦) في الأصل : فمنهم .

لا يُثبت حق الرفع ، وإنما يُتلقى حق الرفع من الضرار العظيم ، الذي لا تستقل به ، سواء كانت إزالته بإمتاع أو تملك .

وقد يتلقى مما ذكره الشيخ أبو علي وهو أنه لا يخلو عن استحقاقه نكاح .
وقد يعترض على هذه الطريقة نكتة لطيفة وهو أنا إذا جعلنا الكسوة إمتاعاً ، فإذا عجز الزوج عنها ، استحال أن نلزمه ما لا يقدر عليه ، والإمتاع لا يقرّ ديناً في الذمة .
فينتظم من مجموع ذلك أن نكاح العاجز عن الكسوة خالٍ عن وجوبها ، فليتأمل الناظر ذلك ، وليردّ اعتماده إلى الضرار الذي ذكرناه .

ش ٣٠٦ واختلف أئمتنا في أن الإعسار بنفقة الخادمة هل يُثبت / حقّ الفسخ ؟ وهذا قريب المأخذ من الإعسار بالكسوة والمسكن ، فإن ضرر المخدومة يظهر بانقطاع الخدمة عنها .

فقد تحصّل من مجموع ما ذكرناه تفصيلاً في المذهب [يقطع]^(١) عما نريد أن نذكره بعده .

ثم الإعسار بأقل النفقة مثبتٌ لحق الرفع ، والخلاف الذي حكيانه في نصف المد بعيدٌ غيرٌ معتد به ، والزائد في حق المتوسط والموسر يسقط وجوبه أصلاً .

وفي الأدم تردد ، والأظهر أنه لا يتعلق بالإعسار به حق الرفع .
وفي الكسوة والمسكن خلاف ظاهر متأصل في المذهب ؛ لأنه ضرار ظاهر ، وإن كان النفس قد تقوم دون الكسوة والمسكن ، فمن الممكن فرض حالة يهلك العري فيها ، ويقرب من الكسوة المسكن .

والخلاف في نفقة الخادمة أظهر ؛ فإن سقوط الخدمة محتمل على الجملة .
فهذا قواعد القول فيما يتعلق حق الرفع بالإعسار به ، تفصيلاً وعقداً .

١٠١٣٠- فأما الكلام في رفع العقد وجهته^(٢) ، فهذا يتشعب ويتعلق بأطرافٍ : منها الكلام في ماهية الرفع ، ومنها الكلام فيمن يرفع ، ومنها الكلام في وقت الرفع .

(١) في الأصل : مقطع .

(٢) هذا هو الفصل الثالث من الفصول التي وعد بها الإمام أول الباب .

فأما القول في ماهية الرفع ، فالظاهر أنه فسخ ، فإنه منوط بتعذر حقٍّ مستحقٍّ بالعقد ، فكان فسخاً ؛ اعتباراً بما يضاهي ذلك من الفسوخ ، المتعلقة بتعذر الحقوق .

وذكر بعض الأئمة قولاً آخر في المسألة : أن النكاح يُرفع بالطلاق .

فإن قلنا : الرفع فسخ ، فهو إلى [المرأة]^(١) ، ولكن قال المحققون : ليس لها أن تفسخ ما لم تُثبت الإعسار أو الامتناع في مجلس الحكم ، فإذا ثبت ذلك ببينة مقامة أو بإقرار الزوج ، فحق الفسخ يثبت للمرأة .

وتمام هذا إذا أوضحنا الوقت والأجل إن كنا نرى ضربه^(٢) ، ولكن حق الناظر أن يأخذ الكلام مرسلًا ، ثم تفصيله موقوف على نجاز الفصل .

ثم إذا أثبتنا للمرأة حقَّ الفسخ ، وقد ثبت الإعسار في مجلس الحكم ، فالذي اقتضاه كلام المحققين أنها تنفرد بالفسخ في غير مجلس الحكم ؛ فإن الذي يتعلق بمجلس الحكم إثباتُ علة الفسخ ، [وسبيل]^(٣) ذلك إقامة البينات أو الأقارير الثابتة ، والبينة لا تقام إلا في مجالس الأحكام ، والإقرار وإن كان يثبت في غير مجلس الحكم ، فلا يُفضي إلى الغرض ما لم يثبت في مجلس الحكم ، بأن يسمعه الحاكم أو تقوم بينة عليه ، فإن المقر في غير مجلس الحكم قد يجحد ، فلا يفيد ما سبق من الإقرار ثبوتاً .

فإذا تقرر الإعسار ، فلا حاجة إلى الحكم والحاكم في إنشاء الفسخ .

ولو تحقق الإعسار ، ففسخت المرأة قبل إظهار الإعسار في مجلس الحكم ، ففي نفوذ الفسخ باطناً تردد وتقابل في الاحتمال ، ويظهر أثر هذا بأنها إذا ثبت التعذر أمس وقد فسخت ، وثبت في مجلس الحكم الإعسار المتقدم على فسخها ، فهل نقول : تبين نفوذ الفسخ باطناً أمس ، ثم يظهر ذلك الباطن بقضاء القاضي بالإعسار السابق ، حتى لا تحتاج المرأة إلى إنشاء فسخ .

هذا محل التردد : فيه احتمالٌ ظاهرٌ لا ينكره الفطن / ، ولا يتجه مثل هذا في ٣٠٧ ي

(١) في الأصل : المردة .

(٢) المعنى أن هذا الكلام لا يتم إلا إذا أوضحنا وقت الفسخ ، وحكم الأجل .

(٣) في الأصل : أو سبيل ذلك .

الفسخ بالعنة ، فإن الفسخ لا يثبت بثبوت العنة ؛ إذ الزوج إذا أقر بالعنة أمهل مع إقراره سنة ، ثم تلك المدة لا حكم لها ما لم يضربها الوالي .

فانتظم من ذلك أن ما يقتضيه كلام الأئمة أن الفسخ لا ينفذ ظاهراً وباطناً ما لم يثبت الإعسار في مجلس الحاكم .

ومن الأصحاب من أظهر تردداً في الظاهر والباطن على الترتيب الذي سقناه . وهذا عندنا يحتاج إلى مزيد كشف ، فإن لم يكن في الصُّقع حاكم ولا مُحَكَّم ، فيظهر ملك المرأة الفسخ عند تحقق التعذر ، وإن كان حاكمٌ ، ففيه التردد ، ولا نعدم نظائر هذا في المسائل التي ترفع إلى المحاكم إذا أمكن الرفع ، ويثبت الحكم من غير حاكم إذا شغرت البقعة .

هذا كله تفريع على أن الرفع طريقه الفسخ .

١٠١٣١- فأما إذا قلنا : الرفع طريقه الطلاق ، فهذا موجه بالتشبيه بالإيلاء ؛ فإن المدة إذا انقضت وظهر الضرر ، فالزوج يُرفع إلى الحاكم ليفيء ، فإن لم يفعل ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن القاضي يطلق . والثاني - أنه يحبس حتى يطلق ، وقد مضى القولان وتفريعهما في الإيلاء ، فقال قائلون : ليكن رفع النكاح بالإعسار على هذا النسق إلا فيما نستثنيه .

وهذا قول ضعيف يبين ضعفه بالمعنى واضطراب التفريع ، [فأما]^(١) المعنى فالإعسار بالنفقة يتعذر به حقٌّ مستحقٌّ ، هو القوام ، وعليه تعويل المرأة في احتباسها في حباله النكاح ، وليس الوطء مستحقاً على الزوج ، فإنه لو لم يؤل ، لم يكلف الطلاق ، وإن امتنع عن [الوقاع]^(٢) سنيناً^(٣) وأعواماً .

وأما فساد التفريع ، فنقول : أولاً قول حبس الزوج ليطلق لا يخرج ، فإن الضرر

(١) في الأصل : وأما .

(٢) في الأصل : الطلاق . وهو سبق قلم من الناسخ .

(٣) « سنيناً » وهو صحيح ؛ قال ابن مالك عن هذا الباب : « ... مثل (حين) قد يرد بابه وهو عند قوم يطرد » وجاء عليه دُعاء الرسول صلى الله عليه وسلم : « اللهم اجعلها عليهم سنيناً ... » في رواية .

يشتد بانقطاع النفقة ، وليس كالضرار بانقطاع الوقاع ، فبقي أنه إن لم يطلق ، طلق القاضي ، ثم في المولي يكفي الطلاق الرجعي ، وهاهنا لو طلقت طلاق رجعية ، لكانت مستحقة للنفقة مع وقوع الطلاق ، كما تستحق النفقة في صلب الزوجية .

ولكن إذا فرعنا على هذا القول ، فلا وجه إلا احتمال هذا ، فإن العدة لا بد منها وإن جعلنا الرفع فسخاً ، غير أنها إذا فسخت تخلصت ، وإذا طلقها القاضي طلاق رجعية ، فللزوج الرجعة ، ولكن إن راجعها ولا نفقة ، طلقها القاضي طلاق أخرى ، فإن عاد ، فراجع ، استتم القاضي الطلقات الثلاث . هذا منتهى التفريع على خطبه .

١٠١٣٢- وقد انتجز ماهية الرفع ومن يرفع في قرين ، وبقي الكلام في الطرف الثالث ، وهو أن من أعسر وثبت إعساره ، فهل يُمهّل أم يثبت حق الرفع من غير إمهال ؟ ذكر الأصحاب في ذلك قولين : أحدهما - أنه لا إمهال . والثاني - أنه يمهّل ثلاثة أيام ، وقرب المرتبون هذا من إمهال المرتد ثلاثة أيام في الاستتابة ، فإننا نرتجي أن نراده بالحجاج ، ونحل ما اشتبه عليه كما نرتجي للزوج أن يجد ما ينفقه ، والمأخذان قريبان ، والثلاثة على حال مدة معتبرة في أمثال هذه الأشياء ، وهذا الطرف تهاون به الباسطون والمتعمقون ، فضلاً عما يؤثر أن يروي أطراف/ الكلام ٣٠٧ ش ويقنع بظواهرها ، ونحن نستفرغ الوسع في ذلك [ونبراً]^(١) عن الحول والقوة ، فنقول :

أما من أطلق ترك الإمهال ، فلست أرى هذا الإطلاق سديداً ؛ من جهة أننا قدمنا أن للمرأة أن تطلب النفقة في صبيحة كل يوم ، وإذا أطلقنا أول اليوم عنيّنا وقت طلوع الفجر ، فإذا طلع الفجر يوماً وطلبت النفقة ، فإن قال الزوج : إذا أصبحنا حصّلت النفقة ، فلا يجوز أن يُعتقد أنها تملك الفسخ ، وإن جرى ذلك في مجلس الحاكم ، حتى لا ينتشر في مسلك التصوير ، والدليل عليه أن من أقر بدين في مجلس الحكم للمدّعي ، فطلب المدعي حبسه ، فقال : أدخل السوق [فأزن]^(٢) ، أو أحضر من

(١) في الأصل : ونذراً .

(٢) مكان كلمة غير مقروءة بالأصل (انظر صورتها) .

مخزني ، وقد يكون من مجلس الحاكم إلى المخزن مسافة ، فلا يُحبس ، ولكن للمدعي أن يستدعي من القاضي أن يوكل به من يدور معه ، على ما سيأتي هذا في أدب القضاء ، إن شاء الله .

فلو قالت المرأة : لا نُخلِّيك ، فانطلق وحصل ، ولكن يوكل القاضي بك من يدور معك ، فليس لها ذلك ، ولا يجوز أن نعتقد في هذا الطرف خلافاً ؛ فإن شطر البرية يصبحون ويأخذون في التمحل إما من رؤوس الأموال ، وإما من الحرف والأكساب ، ولا يُوكل بأحد في تحصيل النفقة ، وهذه الأمور تحمل على مقتضى العادات .

١٠١٣٣- فإذا انحسم ما ذكرناه من اعتقاد السرف في البدار ، فنحن [نخوض]^(١) وراء هذا في البيان : قد يخطر للفقيه أنها لا تفسخ ما لم ينقض اليوم ؛ فإن استقرار النفقة بانقضاء اليوم ؛ إذ هي وظيفة اليوم ، فإن صار إلى ذلك صائر ، فالمهلة مقول بها ، ولكن الخلاف في مقدارها .

ويظهر أثر هذا بنقيضه ، وهو أنا إن لم نر إمهال المرتد ، فلا مزيد على الاستتابة بكلمة ، فإن أبى ، طيرنا رأسه ، فكأننا نقول في النفقة على الرأي الذي أظهرناه : إذا استقرت نفقة يوم واستمر الإعسار والتعذر ، فلها حق الفسخ ، وهذا بعيد جداً .

ثم ينقسم الكلام فيه : فيجوز أن يقول القائل : إذا غربت الشمس ، انحسم المضطرب ، وملك الفسخ ، وإن كانت النفقة لليوم واليلة ، ويجوز أن يقال : لا تفسخ حتى تنقضي الليلة ؛ فإنها بالفسخ لا تملك متعلقاً في الليل ، فلتسكن ، واليلة تتبع النهار في أحكام .
هذا مسلك .

ويجوز أن يقال : إذا تأخر الغداء تأخراً يظهر منه الضرار في حق من لم يتهياً للصوم ، حان وقت الفسخ . وهذا بعيد ، ولو اعتبر معتبر انقضاء النهار ؛ فإن جوعة الصوم محتملة في الشرع ، لكان قولاً .

(١) في الأصل : نحرض .

١٠١٣٤- وكل ذلك باطلٌ دالٌّ بطلانه على فساد الأصل ؛ فإن أظهر الإمهال ، كما سنصفه . وإن لم نر الإمهال ، فلا يتجه إلا اعتبارُ انقضاء اليوم والليلة ، والعلم عند الله .

ولو اعتاد الزوج - والتفريع على ترك الإمهال - ألا يأتي بالطعام إلا ليلاً ، فهو ممنوع عن هذا ، فإنه في التحقيق [يكلفها]^(١) صومَ الدهر ، وليس كل^(٢) ما لا يُثبت حقَّ الفسخ اتفاقه وندوره إذا تكرر/ لم يثبت حق الفسخ ، والوجه اعتبار ظهور الضرر . ٣٠٨ ي

على أن الطعام إذا كان يأتيها ليلاً ، فيمكنها أن تكتفي في الحال بسدادٍ وتؤخر من طعامها شيئاً إلى غدها ، فإن كان ذلك ممكناً ، فلا ضرر ، وإن كانت رغبة والقوت مدُّ ، ولو قطعته ، لم تنتفع به ، فقد كلفت الصوم .

ومما يتعلق بتمام الكلام في ذلك أن المرأة إذا كانت لا تملك إرهاق الزوج عند طلوع الفجر ، ولا تملك أن تستدعي التوكيلَ به ، فليس يتحقق الوجوب على التضييق .

ولست أشبه ما أطلقه الأصحاب من الوجوب في هذا إلا بقولنا : تجب الصلاة بأول الوقت وجوباً موسعاً .

والذي أراه أن الزوج إن قدر على إجابتها ، فهو حتم لا يسوغ تأخيرها وإن كان لا يُحبس ، ولا يُؤكَّل به ، ولكنه يعصي [بمنعه]^(٣) .

وإن لم يكن في يده ، أو كان يلقي عسراً ، فله أن يتوسع^(٤) على الاعتبار .

ولو طلبت النفقة في صبيحة اليوم في مجلس القاضي ، فقال الزوج : لست أملك شيئاً ، وأنا معسر حقاً ، ولست على ظنٍّ في تحصيل القوت - والتفريع على [أن

(١) مكلفها .

(٢) المعنى : أن ما يحتمل نادراً ، ليس يحتمل إذا تكرر وكثر .

(٣) في الأصل : ويمنعه .

(٤) أن يتوسع في الوقت ، فلا تجب النفقة وجوباً مضيقاً في حقه ، ومعنى « على الاعتبار » أي على القياس .

لا إمهال^(١) ، وقد ذكرنا أن الزوج إذا كان يستمهل لينبسط^(٢) ، أمهل على حال ،
والتفصيل في مقدار الإمهال ما قدمناه في ذكر وجوه الاحتمال .

فإذا قال : لست أنبسط ولست أملك شيئاً ، فهل تملك المرأة مبادرة الفسخ مع
اجتماع هذه الأصول ؟ فيه احتمال ظاهر : يجوز أن يقال : إنها تملكه ، ويجوز أن
يقال : لا تملك ما لم ينقض الزمان الذي اعتبرناه في حق من يقول : أنبسط .

وكل هذا تفريع على أن لا إمهال .

١٠١٣٥- فأما إذا قلنا : يمهل الزوج ثلاثة أيام بلياليها ، فتقسم الأحوال وتتشعب
الفصول ، ونحن نأتي بما يحضرنا .

فأول ما نبداً به أنه إذا وجد النفقة في اليوم الثالث ، وعَدَمَها في الرابع ، فهل يفتح
ثلاثة أيام لتخلل الإنفاق ؟ ظاهر المذهب أنا لا نفتح ثلاثة أيام ، ولكن نكمل المدة
باليوم الرابع الذي عسر عليه الإنفاق فيه ، وقد تمت المدة ، ثم نرى بعد هذا رأينا ،
كما سيأتي .

وفي بعض التصانيف وجه بعيد أنا نستفتح المدة ، فمهما^(٣) تخلل الإنفاق في يوم ،
فإن الإنفاق يقطع ما يقدر من العسر ، وهذا ضعيف مزيف ، ومآله يؤول إلى تحلل غير
محتمل ، وهو أن ينفق يوماً ويترك الإنفاق ثلاثة أيام ، ويتخذ ذلك عادته ، وهذا يجرّ
ضراً عظيماً . وما عندي أن صاحب ذلك الوجه الضعيف يسمح بهذا ، وإنما يقول
ذلك إذا لم يتكرر ولم ينته [إلى الاعتياد]^(٤) ، ولست لضبط ما أقطع ببطلانه ؛ فإن بين
أيدينا في هذا الفصل أموراً مهمة .

١٠١٣٦- ونقول بعد ذلك : إذا انقضى المهل في الأيام الثلاثة مع استمرار
الإعسار ، وأصبحت المرأة في اليوم الرابع متشوفة إلى الفسخ ، فقال الزوج : مهلاً

(١) في الأصل : على أن الإمهال .

(٢) لينبسط : المعنى ليردد في طلب النفقة وتحصيلها .

(٣) فمهما : بمعنى : فإذا .

(٤) في الأصل : ولم ينته أن الاعتبار .

حتى نصبح وأنبسط وآتيك بالنفقة في وقت العادة ، فلا يجاب الزوج إلى هذا ؛ فإن الإعسار قد تحقق ، فلو لم نقل هذا ، لزدنا المَهْل ، ثم هذا/ يجر مثل ذلك في اليوم ٣٠٨ ش الخامس . نعم ، إذا جاء الزوج بالنفقة صبيحة اليوم الرابع ، لم تفسخ ، وليس لها أن تقول : ائتني بنفقة الأيام الثلاثة وإلا فسخت ، ولست أكتفي بنفقة اليوم الرابع ؛ فإن نفقة الأيام الثلاثة صارت ديناً ، وليس لها فسخ النكاح بالإعسار بالنفقة التي صارت ديناً في مقابلة ما مضى من الزمان ، ونحن لا نضرب المَهْل حتى يثبت حق الفسخ لأجل تعذر النفقة في مدة الإمهال ، وإنما اعتبرنا الإمهال ليتحقق الإعسار بها ، ويزول توقع البسط ، وسيزداد هذا وضوحاً في أثناء الكلام ، إن شاء الله .

وليس للمرأة أن تقول : أقبض ما جئت به عن نفقة ما مضى ، وأطالب بنفقة اليوم ؛ فإن الرجوع فيما يؤديه مَنْ عليه الحق إلى قصده ، لا إلى قصد القابض .
هذا إذا أتاها بالنفقة في صبيحة اليوم الرابع .

فإن أتاها كذلك بالنفقة في صبيحة اليوم الخامس والسادس ، فلا كلام .
وإن قال في اليوم الخامس : نعود إلى اعتياد الإنفاق ، فاتركي الإرهاق إلى المطالبة بالنفقات في صبيحة اليوم ، فكيف السبيل ؟ إن قلنا : الرجل يجاب إلى ما ذكر ، فهذا إمهالٌ آخر . وإن قلنا : لا يجاب الرجل ، فإلى متى وأين الموقف ؟ وهل يحبس [إلى] ^(١) أن يلتزم ؟

إن الإعسار إذا طرد ثلاثة أيام ، فقد ثبت للمرأة حق الفسخ في كل [مرة] ^(٢) إذا لم توافها النفقة .

هذا سؤال عن ضربٍ من الإشكال .

١٣٧-١٠ ويتصل به أنا إذا فرعنا على الأصح ، فلو استمر الإنفاق بعد المَهْل المنقضي ثلاثة أيام أو أكثر ، ثم فرض الإعسار ، فلا نعود إلى ضرب المدة قط ، ونقول : لا مهلة للإعسار إلا مرة واحدة في النكاح ، هذا موقف لا يجوز للفقهاء

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : عزرة .

فيه الاكتفاء [بالاتباع]^(١) ولا يسوغ أن يخطو بالخطو الوساع ، ونحن نقول والله المستعان : هذا لا يُحَلُّ^(٢) إلا بالنظر إلى حال الرجل ، فإن استمر الإعسار في الثلاثة الأيام المضروبة أجلاً ومَهَلاً ، ثم فُتِحَ له قوت يوم ، فلا فسح ، ولو فتح له كذلك في يوم الخامس ، وليس على اعتماد في مُتَّه ، ولا في مال ، وإنما يجري ما يجري على الوفاق والفتوح ، فلو تمادى الزمن ما تمادى ، فإذا لم تُفرض النفقة في يوم ، فلا مَهَلْ أصلاً .

وأنا أقول قول قاطع لا يرتاب : إنه لو كان كذلك في أول الأمر ، فلا يمهل مثله ، وإنما التردد الذي ذكره الأصحاب في الإمهال إذا كان على وثيقة من مال أو استغلال وقف ، أو الرجوع إلى قدرة على الكسب ، ثم تُفرض آفة تعد من جوائح الدهر ، فمثل هذا يمهل .

أما من لم يكن قط راجعاً إلى عُدَّة ومُتَّة ، فلا معنى لإمهال مثله ؛ فإن أصله الإعسار ، فإن اتفق شيء فهو يدرأ الإعسار ، وإن لم يتفق ، فصفة الرجل الإعسار ، وأنا أقول بحسب هذا : إذا أمهلنا صاحب الجائحة ، فإن وجد شيئاً موثقاً به ، ثم ي ٣٠٩ فرض طريان اجتياح ، فالاختلاف في الإمهال يعود ، وإن لم تدم تلك العُدَّة يوماً . فهذا هو المعتبر لا غير .

والآن ، لا ضبط ولا موقف ينحصر الفكر فيه ، فإن قيل : هل من ضبط فيما يتجدد له من مال ؟ قلنا : إن كان بحيث يغلب على الظن التبليغ به عند فرض تصرف فيه من غير أن يقال : هذا ينقطع لا محالة إلى مدة كذا ، فهذا نقيض الإعسار بالنفقة ، وإن كان ذلك القدر ينقطع لا محالة ، فهو ملتحق بالفتوح ، وقد يكون ما يفتح على الإنسان ليوم ، وقد يكون لأسبوع ، فهذا منتهاه .

وإذا حركنا وجوه الإشكال ، فالرأي مشترك على شرط أن يكون الزائد على ما نذكره خيراً منه .

(١) في الأصل : الإقناع .

(٢) كذا . ولعلها : لا يتضح ، أو يتم ، أو نحو ذلك .

١٠١٣٨- وعلينا بحثٌ آخر أجريناه في أثناء الكلام ولم نجب عنه ، وذلك أنا قلنا : للمرأة مبادرةً الفسخ صبيحةً اليوم الرابع ، ثم قلنا : هل لها ذلك صبيحة اليوم الخامس ؟ وهذا وإن لم نجب به ، فهو مندرج تحت ما مهدناه ؛ فإن حدث للرجل بعد المهل عُدة^(١) ، عادت الطلبة والمضايقة إلى موجب العادة ، ويجب طلب هذا أيضاً إذا علمت المرأة ظهورَ عُدة في اليوم الرابع إذا لم يبدُ من الرجل تقصير .

وإن لم يظهر للرجل عُدة ، وإنما فُتح له في اليوم الرابع شيء ، وكان على انتظار مثله في اليوم الخامس ، فالذي أراه أنه في اليوم الخامس بمثابته في أول يوم قبل المهل ، إذا فرعنا على أنه لا إمهال ، وقد أوضحنا أن صاحب الفتوح الذي لا يرجع إلى عُدة لا معنى لإمهاله ، فإن قيل : فاطردوا هذا في اليوم الرابع . قلنا : الأيام الثلاثة قبله كالحمل على الاعتياد في اليوم الخامس ، ولو لم أقل هذا في الخامس ، لزمني أيضاً أن أثبت حق الفسخ في صبيحة السادس ، ثم إلى متى وينحل انحلالاً لا ينضبط ، فهذا غاييتي في هذا الفصل .

ولست أدعي الاستيعاب في وجه الصواب ، ولكنني استوعبت التنبيه على وجوه الإشكال ، ثم استفرغت الوسع في حلها ، وأرخيتُ طَوَلَ مَنْ بعدي للنظر السديد .

١٠١٣٩- وهذا نجاز هذا الفصل . ويتصل به شيء قريب المأخذ به ، وهو أن المهل إذا انقضى ، وثبت حق الفسخ ، فرضيت بالمقام تحت المعسر ، ثم بدا لها ، فهي على طلبها وحقها ، وإبطالها حق الفسخ يختص بما ثبت لها ، والضرار متجدد عليها حالاً على حال .

فيخرج من مجموع هذا أن ما أبطلته نفذ إبطالها فيه ، ولكن تجدد لها حق في الزمان المستقبل ، وليس هذا كما لو رضيت بالعنة والمقام تحت العين ، ثم بدا لها ؛ فإننا لا نملكها الفسخ ، والسبب فيه أن [العنة]^(٢) في حكم الخصلة الواحدة ، وهي عيب قائم ، فإذا رضيت به ، فالعنة لا تتجدد ، بل يناظر ما نحن فيه رضا امرأة المولي

(١) في صفوة المذهب : جِدَّة .

(٢) في الأصل : العقد .

بالمقام تحت زوجها بعد انقضاء المدة ، وإذا صدر ذلك منها ، ثم بدا لها أن تعود إلى الطلب ، فلها ذلك ؛ فإنها ما رضيت بعيب في زوجها ، وإنما رضيت بما لحقها من الضرر ، وهو متجدد عليها في الزمان المستقبل .

وسر هذا الفصل يوضحه ما نصفه ، فنقول : الحقوق التي لا مقدار لها ، ولا انحصار ، لا يصح إسقاطها . نعم ، اختلف القول في أن ما لم يجب ، وثبت ش ٣٠٩ سبب / وجوبه ، هل يصح الإبراء عنه على شرط التقدير ، وكذلك اختلف القول في ضمان ما لم يجب ، وثبت سبب وجوبه .

فلا جرم نقول : لو أبرأت المرأة زوجها عن نفقة خمسين سنة من السنين المستقبلية ، فليس لها حق الفسخ بالإعسار حتى تنقضي هذه المدة ، ولو قالت امرأة المولي : أسقطت حقي من طلب الفيئة سنة ، فليست أرى لهذا الإسقاط حكماً ، والإبراء إنما يصح في حقوق ثابتة ، ولا حق للمرأة على الزوج في الاستمتاع ، وإنما يثبت لها طلب الفراق للضرر ، فإلى ماذا يضاف الإبراء ، وحاصل قولها يؤول إلى بذل اللسان بمصابرة الزوج مع إضراره ، ولا حاصل لذلك .

ومما يتصل بهذا أنا إذا فرعنا على الأصح ، وانقضت المدة ، فرضيت ، ثم عادت إلى الطلب ، فقد قال الصيدلاني : لا بد من ضرب مدة أخرى ، وإن كنا نرى أن المهلة لا تجدد ، كما تفصل المذهب ، واعتل بفقهاء حسن ، فقال : رضاها يسقط ما تقدم ، فإذا عادت فكأنها مطالبة على الابتداء فيعتبر المهل ، ثم طلب أن يفرق بينها وبين امرأة المولي ؛ فإنها بعد انقضاء المدة [لو رضيت]^(١) بالمقام تحت الزوج ، ثم بدا لها ، لم نضرب مدة أخرى أربعة أشهر ، بل هي على حقها الناجز ، فقال : تلك المدة اقتضى النص ضربها غير متعلقة بطلبها ، والمهل في الإعسار بالنفقة يتعلق بطلبها ، فإذا رضيت ، سقط أثر المهل .

وليس يبعد عندي أن يقال : لا يضرب مهلاً آخر في الإعسار ، حيث انتهى التفرع إليه كالإيلاء ، والفرق ليس بالواضح ؛ فإن امرأة المولي رضيت بما لحقها من الضرر في المدة .

(١) في الأصل : ولورضيت .

ثم هاهنا فقهٌ ، وهو أنها مع تحقق الإعسار رضيت بأن لا تفسخ ، وتحقق الإعسار لا يزول برضاها ، والفقه ما ذكره الصيدلاني ، فليتأمل الناظر .

١٠١٤٠- ومما يتصل بذلك أنها لو نكحت معسراً عالمة بإعساره ، فهي على حقها من الفسخ إذا ثبت الإعسار بعد النكاح ، واستمر ، ولا حكم في حقها لاستمرار الإعسار قبل النكاح ، وغرضُ هذا أن علمها بإعساره لا يُبطل حقَّها ، على الترتيب الذي تقدم ، بخلاف ما لو نكحت مجبوبةً وعلمت بذلك منه ، فليس لها حق الفسخ .

وقد نجز الغرض من هذا الفصل .

١٠١٤١- فأما الكلام فيمن يثبت له حق الطلب^(١) ، فليس هذا من الصنف الذي تقدم في أنها هي الفاسخة أم القاضي يطلق ، بل غرض هذا الفصل بيان من إليه حق الطلب حتى ينتهي إلى الفسخ أو إلى الطلاق ، فنقول : إذا كانت الزوجة حرةً مستقلةً ، فلها حق الطلب ، ولو رضيت بالمقام ، فلا اعتراض لأحد عليها .

ولو كانت صغيرةً أو مجنونةً ، فلا يقوم الولي مقامها في الطلب ، وإن تناهى الضرر ، وقد يفرض هذا في سنين الجذب والأزم ، ولو كانت خليةً ، لخطبت وطُلبت ، وكُفيت المؤن ، ومع هذا هي في رباط الزوجية ، فإن افتقرت ، [فهي]^(٢) فقيرة من فقراء المسلمين ، لا نعرف في ذلك كله خلافاً .

١٠١٤٢- ولو كانت الزوجة أمةً ، فإذا أعسر/ الزوج بالنفقة ، والتفريعُ على ثبوت ٣١٠ ي حق الرفع^(٣) ، فللأمة حق الرفع ، لم يختلف الأصحاب فيه .

ولو قال السيد : قرِّي تحته ، وأنا أنفق عليك ، فلها الفسخ ؛ فإن المولى فيما قاله

(١) هذا هو الفصل الرابع والأخير .

(٢) زيادة من المحقق . والمعنى أنها في رباط الزوجية فقيرة من فقراء المسلمين ، تجب نفقتها على من كانت تجب عليه لو كانت خلية .

(٣) المراد - كما هو واضح - رفع النكاح .

بمثابة [الأجنبي]^(١) في هذا المقام ، وإن [ثار]^(٢) نفس الفقيه ، فليتد ، [فالبیان]^(٣) بين أيدينا .

فتحصل مما ذكرناه أن الأمة تفسخ على السخط من السيد . .

ولو أبرأت زوجها عن النفقة ، لم يصح إبرؤها ؛ فإنها ليست مالكة للنفقة ، وإنما يصح الإبراء ممن يملك ما يرى عنه . وهذا أيضاً متفق عليه .

ثم ما ذكره الأصحاب : أن السيد لا يملك الفسخ بوجه ؛ فإنه إذا ثبت استقلال الأمة بالفسخ من غير حاجة إلى مراجعة السيد ، فانفراد السيد بالفسخ بعيد .

وقد ذكر الشيخ أبو علي وجهين في الأمة المجنونة أولاً ، وفي الصغيرة إذا فرض إفسار الزوج بنفقتها : أحدهما - أن السيد يفسخ ؛ فإن الضرار يلحقه ؛ فإنه بين أن ينفق على أمته ؛ فيصير غارماً للنفقة مع قيام الزوجية ، وبين أن يضيّعها فتهلك ، فإذا كان الضرار يلحقه ، فينبغي أن يثبت له حق الفسخ ، وليس كالفسخ بسبب العنة ، فإن ذلك يتعلق بمحض حظ المرأة .

والوجه الثاني - أنه لا يثبت للسيد حق الفسخ ، فإن الأمة لو عقلت أو بلغت ، فلها الفسخ ، فإذا كان حق الفسخ ثابتاً لها ، فيجب أن لا تشارك .

فأما إذا كانت الأمة بالغة عاقلة متمكنة من الفسخ بنفسها ، فإذا لم تفسخ ، فهل للسيد الفسخ ؟ ذكر الشيخ وجهين أيضاً مرتبين على الوجهين المقدمين في المجنونة والصغيرة ، ووجه الترتيب لائح ، وتوجيه إثبات الفسخ له [ما ذكرناه]^(٤) من التحاق الضرار به عند امتناعها من الفسخ ، فلا فرق بين أن تمتنع من الفسخ وبين أن يمتنع الفسخ بالجنون والصغر ، فإذا أثبتنا حق الفسخ بالمهر ، فلا خلاف أن حق الفسخ مخصوص بالسيد ، وهو مستقل به ، لا مشاركة للأمة فيه ، [فإن]^(٥) السيد هو مستحق

(١) غير مقروءة بالأصل .

(٢) كذا قرأناها بصعوبة . (انظر صورتها) .

(٣) في الأصل : بالبيان .

(٤) في الأصل : وما ذكرناه .

(٥) في الأصل : بأن السيد .

المهر ، وليس للأمة فيه حق من طريق الإمتاع ، أما الملك ، فلا وجه لتصويره ، والنفقة تتعلق باستمتاعها ، وإن كانت لا تملك .

فهذا قواعد المذهب .

١٠١٤٣- ثم إنا نخرج بالمباحثة منها أموراً لا بد من الإحاطة بها ، منها : أن نقول : إذا زوج السيد أمته ، ووجبت النفقة ، فقاعدة النفقة على التملك ، والأمة لا تملك ، فحق الملك هل يثبت للسيد أم كيف السبيل فيه ؟ هذا ما يجب إنعام النظر فيه ، والذي يميل إليه ظاهر الرأي أن السيد يملك النفقة ، ويخرج فيه [أنه]^(١) لو أراد إبدال ما يبذله الزوج بمثله ، فعل ذلك ، ولو أراد أن يأخذ من الزوجة ما يبذله الزوج ، فللأمة أن تستمسك به حتى يأتيها ببدل ، فإن حقها متعلق بالنفقة/ على الاختصاص ، ٣١٠ ش ولها طلب النفقة ، ولها الفسخ بتعذر النفقة ، واختصاصها كالاستيثاق ، وهذا بمثابة قولنا : إن نكح العبد ، فالنفقة تتعلق بكسبه ، ومنافعُه ليست خارجة عن ملك المولى ، والزوجة لا تملك منافع زوجها .

ولو بذل السيد النفقة من ماله ، ومنع العبد من الاكتساب ، فلا حرج عليه ، ثم يبتني على هذا أن السيد لو أبرأ عن النفقة ، فكيف الوجه ؟

قد ذكرنا اختصاص الزوجة بالنفقة من جهة الزوج ، وإن لم يكن لها ملك ، فحق الاختصاص إذا لزم ، منع تصرف المالك بالإسقاط ، وتردُّد الأقوال في إعتاق الراهن لمكان قوة الملك وسلطانه ، والإبراء ليس كالعتق . نعم ، لو أنفق على الأمة من عند نفسه ، فالنفقة تؤخذ من الزوج ، وهذا يفتح حدة البصيرة في أن السيد مالك للنفقة ، والذي يعترض فيه أن السيد لو غاب ، فالزوج منفق على الأمة ولا تملك ، ولكن السيد هو المملك ، وهو المستحق لتلك النفقة ، وهو مأذون من جهة السيد والشرع في صرف ما يجب عليه من النفقة يوماً يوماً إلى الزوجة ، فهذا ما أفضى إليه مساق البحث السديد .

١٠١٤٤- وإذا زوج السيد أمته من عبده ، فعلى العبد أن ينفق على الأمة ، وهذا

(١) زيادة لاستقامة الكلام .

إنفاق لا تمليك فيه . نعم ، هو إنفاق عن ملك السيد ؛ فإن ما يكتسبه يقع ملكاً للسيد ، ثم هو مستحق الصرف إلى الأمة .
هكذا ما أردنا بيانه في ذلك .

وقد ذكرنا في كتاب النكاح أن السيد لو أذن لعبده في النكاح ، فتزوج وصار كسبه متعلقاً بالنفقة ، فلو أراد السيد أن يستخدمه أو يسافر به ، فله ذلك على الجملة ، وقد يختلج في النفس من هذا شيء ، وكنت على فكر غائص منه قديماً ، وهذا أوان إظهاره : يجوز أن يقال : ليس للسيد أن يستخدمه ، فقد صارت منفعة متعينة للنفقة والمهر ما لم يبذل^(١) حق المرأة . وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنه يُقدم على الاستخدام ، ثم يلتزم ما سبق تفصيله ، وسنشير إليه .

وذكر العراقيون وجهاً أنه لا يستخدمه ما لم يضمن ما يجب ضمانه ، أما إيجاب تعجيل ما يجب للمرأة ، فخارج على القياس الذي قدمناه من أن ما تعين لحق الزوجية لا يجوز التصرف فيه قبل توفية الحق ، كالنفقة التي يعجلها الزوج لا يتصرف فيها السيد ، ووجه ما صار إليه معظم الأصحاب أن المنفعة ليست أشياء عتيدة حتى يتحقق الاستيثاق فيها ، ولكن حق السيد مقدم على شرط أن يضمن .

وصاحب الوجه الذي حكاه العراقيون قابلوا^(٢) توقع وجود المنافع بوعده لازم ، وهو الضمان ، وهذا فقيه حسن .

وأما ما تشبثنا به من إيجاب [تعجيل]^(٣) ما يجب ، فهذا يستدعي تجديد العهد بما ي ٣١١ يجب على السيد إذا/ استخدم ، وفيه قولان : أحدهما - أنه يجب أقل الأمرين من أجر المثل لذلك الزمان ، أو النفقة والصداق ، والقول الثاني - أنه يلتزم باستخدام العبد في ساعة^(٤) المهر بالغاً ما بلغ ، وفي النفقة خبط ذكرته في النكاح ، ولست لإعادته .

(١) المعنى : ما لم يبذل السيد حق المرأة من المهر والنفقة .

(٢) « قابلوا توقع وجود المنافع » الواو للجماعة الذين هم أصحاب الوجه الذي حكاه العراقيون ، وإن عبر عنهم بلفظ (صاحب) فهم جمع ، ولذا قال : قابلوا .

(٣) في الأصل : تحصيل . والمثبت من صفوة المذهب .

(٤) المعنى : أنه باستخدامه العبد مجرد استخدام لأي مدة طالت أو قصرت ، عليه أن يلتزم المهر بالغاً ما بلغ .

فإذا قلنا : يعجل ثم يستخدم ، وجرينا على الأصح ، وهو إيجاب الأقل ، فلا يقدم إلا نفقة اليوم ، وإن كان قد يستخدمه في غرضه^(١) أياماً ؛ فإن إيجاب تعجيل ما لم يجب محال ، وقد ذكرنا أن نفقة كل يوم تجب من صبحه .

وهذا القدر من التفريع كافٍ منبهة على الغرض ، على أني لست على اعتقاد شديد في إيجاب التعجيل ، ولا أؤثر أن يلحق بالمذهب ، وإنما الملتحق بالمذهب الوجهان الآخران ، وليس كالنفقة ينقدها الزوج فلا يملك السيد التصرف فيه قبل الإتيان ببذله ؛ فإن ذلك المنقود شيء موجود تعلق به وثيقة الزوجة .

١٠١٤٥- ومما أجراه العراقيون في أثناء الكلام أن قالوا إذا أعسر العبد بنفقة زوجته ، وعجز عن الكسب ، فهل تتعلق النفقة برقبة ؟ ذكروا في ذلك وجهين : أحدهما - أنه يتعلق بالرقبة ، وهذا لا يعرفه المراوزة ، وهو ساقط ؛ من جهة أن النفقة والمهر من حقوق المعاملات المتعلقة بالعقود ، وحق ما هذا سبيله ألا يتعلق إلا بالكسب ، ولست أرى لهذا الوجه الغريب الذي حكاه العراقيون وجهاً إلا التحاق العقد بأروش الجنایات ، وقد ذكرنا في النكاح الفاسد قولاً أن مهر المثل يتعلق بالرقبة ، وإن صدر النكاح عن إذن من له المهر .

فإن قلنا : النفقة لا تتعلق بالرقبة ، فإذا تحقق الإعسار ، ثبت الفسخ ، فلو قال السيد : لا تفسخي حتى أنفق ، فهل لها أن تفسخ ؟ أولاً - إذا أعسر الحر بنفقة زوجته ، فتبرع أجني بالنفقة ، لم يمتنع حق الفسخ على الزوجة . وإن تبرع على الزوج ، فهو الممنون عليه ، ثم الزوج ينفق ، فلا تفسخ ، ولا شك في هذا .

أما السيد إذا تبرع بالنفقة ، ففيه تردد ظاهر ، وسببه أن المنافع ملكُ السيد ، وكان للسيد أن يستخدم العبد ويؤدي النفقة من خاص ماله ، فإذا أدى الآن ، فليس على حكم المتبرعين . هذا وجه .

ويجوز أن يقال : لا يجب على السيد أن ينفق إذا أعسر العبد ، فهو إذا بذل عند إعسار العبد متبرعٌ .

(١) المعنى : أنه لا يقدم إلا نفقة اليوم ، مهما كان عدد الأيام التي استخدمه فيها قبلاً .

ويتصل بهذا المنتهى أن الأمة لو أرادت الفسخ ، وقد أعسر الزوج بنفقتها ، فقال السيد : لا تفسخي حتى أنفق ، فظاهر كلام الأصحاب أن لها أن تفسخ ، وليست هذه المسألة خالية عن احتمال جلي ؛ من جهة أنا ذكرنا في قاعدة المذهب أن حق الملك في النفقة للسيد ، فلا يبعد أن يقول لأتمته : إنما حقت الاستمتاع بالنفقة ، وليست ملكك شرعاً ، فإني مالك الرقبة ومالك لأصل النفقة .

وهذا المنتهى ما حضرنا .

فَرِجٌ ١٠١٤٦- إذا أعسر الرجل بنفقة مملوكه ، لم يترك المملوك في الضرار ، وكُلّف المالك البيع ، فإن أبى ، بيع عليه المملوك ، وسيأتي تفصيل هذا في باب نفقة المماليك ، إن شاء الله .

ش ٣١١ ولو أعسر بنفقة أم ولده/ ، ولا سبيل إلى بيعها - على ما عليه علماء العصر من منع بيع أمهات الأولاد - ثم إذا ظهر الضرار ، فالمذهب الذي عليه التعويل أنها لا تعتق ، فإن الإعتاق على خلاف رأي المالك لا نظير له في الشرع ، والفسوخ والحلّ بطريق الطلاق متمهد في مواضع ، وصار بعض أصحابنا إلى أنها تعتق ، ثم الذي بلغنا أن القاضي يعتقها ، ولم أر أحداً من الأصحاب يقول : هي تعتق نفسها قياساً على الزوجة إذا ملكناها فسخ النكاح ، وهذا لأننا لا نجد مملوكةً تعتق نفسها ، ولست ألتزم فرقا من طريق المعنى بين الفسخ وبين إعتاق أم الولد نفسها ، ولكن إذا ضعف أصل الوجه ، فلا معنى لتضعيف الضعف بالتفريع ، ولكن الوجه الاختصار على المنقول ، والتنبيه على الاحتمال .

فإن قلنا : يعتقها القاضي ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يعتقها ، فالوجه تسيبها لتكتسب ، ثم إن لم تتمكن من اكتساب القوت ، فهي فقيرة من المسلمين .

فَرِجٌ ١٠١٤٧- إذا فرعنا على الوجه الضعيف الذي حكاه العراقيون في أن النفقة تتعلق برقبة الزوج المملوك إذا أعياه تحصيلها من الكسب ، فلا يُفضي الإعسار إلى الفسخ ، ولكننا نبيع من رقبة شيئاً شيئاً على حسب ميسر الحاجة إن لم يفده السيد ، وإن استوعبنا بيعه ، فنأخذ في بيعه على المشتري ، ولا يؤدي والحالة هذه الإعسار

إلى الفسخ ، وهذا الاضطراب في التفریع يدل على [فساد]^(١) الأصل .

فصل في

١٠١٤٨- إذا أعسر الزوج بالنفقة وقلنا : لا يثبت حق رفع النكاح ، فقد أطلق الأصحاب أن للمرأة أن تخرج وتكتسب .

وهذا مفصل عندنا : فإن كان لا يتأتى منها تحصيل القوت إلا بالخروج ، فلا شك أنها لا تمنع منه ، وإن كانت موسرة قادرة على الإنفاق من مالها ، وكانت مكنت ووطئها الزوج ، وبطل حق امتناعها بسبب المهر ، فهل يلزمها أن تلزم مسكن النكاح ، أم ينحل حق احتباسها في المسكن ؟ [تردد]^(٢) الأصحاب في هذا ، فقال قائلون : لها أن تخرج ، وليس للزوج أن يمنعها . وقال آخرون : حق عليها أن تلزم مسكن النكاح ، وهذا هو الأفقه عندنا .

وكذلك تردد الأصحاب فيه إذا كانت قادرة على أن تحصيل قوتها بحرفة تعانيتها في المسكن من غير مفارقة ، فهل يلزمها الملازمة أم لا ؟ فعلى ما ذكرناه .

فإذا قلنا : يثبت لها حق فسخ النكاح ، ولكنها لا تبتدره ، بل تمهل الزوج ، على التفصيل المقدم ، فينحل حق الاحتباس عنها في مدة المهل على الرأي الظاهر ، وإن كانت موسرة ، أو محترفة ، وفيه [وجه]^(٣) بعيد ، وإن اضطرت إلى الخروج ، خرجت كيف فرض الأمر .

* * *

(١) في الأصل : يسار .

(٢) في الأصل : فتردد .

(٣) في الأصل : « شيء » .

باب نفقة التي لا يملك زوجها رجعتها

قال الشافعي : « قال الله تعالى ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ . . . ﴾ الآية [الطلاق : ٦] » .

ي ٣١٢ ١٠١٤٩- مضمون الباب/ الكلام في نفقة المعتدات ، والمعتدة لا تخلو : إما أن تكون رجعية ، وإما أن تكون بائنة ، فإن كانت رجعية ، فهي بمثابة الزوجات في استحقاق النفقة والسكنى ، وسائر حقوق النكاح دائرة عليها إلا ما يتعلق بالاستمتاع ، كالقسم .

ولو طلقها الزوج طلاقاً رجعية - وكانت من ذوات الأقراء - فجرت في العدة ووطئها واطيء بشبهة ، وعلقت عن الواطيء بولد يقتضي الشرع إلحاقه به ، فعدة الواطيء مقدمة على الضرورة ؛ فإن عدته بالحمل ، وهو موجود حساً لا يمكن تأخير الاعتداد به .

ثم للأئمة طريقتان في نفقتها ، وأنها هل تجب على الزوج ، واختلافهم يستدعي تجديد العهد بأصل سابق ، وهو اختلاف الأصحاب في أن الزوج هل يملك رجعتها وهي حامل عن الواطيء ؟ فهذا ما قدمنا فيه وجهين ، وفرعنا عليهما ثم تردّد الأصحاب في مقصودنا من النفقة ، فقال قائلون : إذا حكمنا بأن الزوج يرتجعها ، فيجب عليه الإنفاق عليها وجهاً واحداً .

وإذا قلنا : لا يملك ارتجاعها ما دامت حاملاً ، فهل يجب عليه الإنفاق عليها من جهة أنها ستعود بعد وضع الحمل إلى بقية عدة الرجعة ؟ فعلى وجهين . هذه طريقة .

ومن أصحابنا من قال : إن قلنا : لا يرتجعها ، فلا يجب عليه الإنفاق عليها ، وإن قلنا : يرتجعها ، ففي وجوب الإنفاق عليها وجهان ، وهذه الطريقة لها رسوخ في الفقه ، لا يبين إلا بذكر مسألة [ومباحثة] ^(١) بعدها .

(١) مضموسة بالأصل ، والمثبت تقدير من المحقق على ضوء السياق .

١٠١٥٠- أما المسألة فإذا وطئت المنكوحة بالشبهة ، وعلقت من الواطيء ، فلاصحابنا تردد في وجوب النفقة على الزوج : قال قائلون : لا نفقة عليه ، فإن الاستمتاع بها تعذر على الزوج بسبب هي [متسببة]^(١) إليه ، فصارت كالناشزة ، وإن لم تنتسب إلى قصد وعصيان ، وهذا بمثابة إسقاطنا النفقة عن الزوج بسبب امتناع المجنونة ، وإن كان التكليف محطوطاً عنها .

وقال قائلون : نفقتها دارة ؛ فإنها لم تعتمد نشوزاً .

والأولى عندنا تفصيل ذلك ، فإن وطئت في حالة [نوم]^(٢) أو وطئت وهي مضبوطة كرهاً ، والواطيء على اشتباه في نفسه ، فالوجه القطع بثبوت نفقتها على الزوج ، والمصير إلى إلحاق المنع الطاريء بالمرض والحيض .

ولو مكنت على ظن أن الواطيء زوجها ، فهذا فيه التردد الذي ذكره الأصحاب ؛ من جهة أنها بتمكينها [متسببة]^(٣) على الجملة ، فإن لم نعصها ، لم ننكر فعلها ، وإذا تسببت المرأة ، فأمرضت نفسها ، ثم استمر المرض ، فهذا فيه التردد الذي ذكرناه في إحرامها ، على قولنا : لا يملك الزوج تحليلها ، وما ذكرنا من طريان العدة على صلب النكاح إن فرض من غير حمل ، فهو واضح ، والبيان المقدم فيه كافٍ ، وإن علقت / ٣١٢ ش بمولود في صلب النكاح ، فهي معتدة ما دامت حاملاً .

وقد يعترض في هذه الصورة أصل سيأتي مشروحاً ، ولكننا لا نجد بُدّاً من الرمز إليه الآن لتنجيز غرض في هذه المسألة ، فنقول : إذا وطىء الرجل أجنبية بشبهة ، وعلقت منه بمولود ، ففي وجوب نفقتها على الواطيء قولان ، سيأتي ذكرهما - إن شاء الله - بناء على أن النفقة للحمل ، أو للحامل ؟ فإن قلنا : لا نفقة للمعتدة عن الواطيء في صلب النكاح ، فلا كلام . وإن قلنا : للمعتدة في صلب النكاح النفقة على الزوج إذا لم تحبل من الواطيء ، فإذا حبلت منه ، وقلنا : لا نفقة على الذي يطأ أجنبية

(١) في الأصل : متسببة .

(٢) في الأصل : يوم .

(٣) في الأصل : متسببة . والمثبت من صفوة المذهب .

بشبهة وإن علقت منه ، فالنفقة على الزوج إذا اتفق العلوق عن الواطيء في صلب النكاح .

وإن قلنا : على الواطيء بالشبهة النفقة للأجنبية التي حبلت عنه ، فماذا نقول والزوجية توجب النفقة ، حيث انتهى التفريع إليه ، والحمل يوجب النفقة على الواطيء ، ولا سبيل إلى الزيادة على نفقة واحدة ، ويبعد إيجابها عليهما من حيث إنها في حالة الزوجية والحمل عن الواطيء ؟

والذي يظهر عندنا في هذه الصورة إيجاب النفقة على الواطيء ؛ فإن النفقة لا تجب عليه إلا تخريجاً على أن النفقة للحمل ، فكأنه استعمل رحمها واستعملها في نفسه لحفظ مائه ، وهذا متجدد ناجز ، وقد تحقق انقطاع حق الزوج عنها ؛ فالوجه إيجاب نفقتها على الواطيء .

فإن لم تكن ناشزة ، فقد استبدلت عن نفقة الزوجية ، فلا ضرار ، فهذا ما أردناه .

١٠١٥١- ونعود بعد ذلك إلى الرجعية التي حبلت عن الواطيء بالشبهة في أثناء العدة ، فإن قلنا : يجب على الواطيء النفقة لمكان الحمل ، فلا وجه إلا إسقاط النفقة عن المطلق ، وإن قلنا : لا نفقة على الواطيء لمكان الحمل ؛ فإذا ذاك يجري ما قدمناه من اختلاف الطريق .

وهذه هي المباحثة الموعودة ، وعليه يخرج أنا وإن أثبتنا للزوج حق الرجعة ، فلا نفقة عليه ، مع إيجابنا النفقة على الواطيء ، على القياس الذي مهدنا في جريان الحبل عن الواطيء في أثناء النكاح .

ثم إذا أوجبنا للرجعية النفقة ، أوجبنا لها الكسوة ، وهي لازمة مسكن [النكاح] ^(١) والإدام تابع للنفقة ، وينحط من حقوقها ما تترين به ؛ فإنها منعزلة ، والطلاق قد حرّم الاستمتاع بها .

هذا كله إذا كانت رجعية .

١٠١٥٢- فأما إذا كانت بائنة ، فلا يخلو إما أن تكون حائلاً وإما أن تكون حاملاً ،

(١) مزيدة من صفوة المذهب .

فإن كانت حائلاً ، فلا نفقة لها عند الشافعي ، والسكنى ثابتة .

وقد صدر الشافعي الباب بأمر يحسبه الشادي رجوعاً منه إلى الظاهر / ووراءه ٣١٣ ي
ما يشعر بدرك الغايات ؛ وذلك أن الفرق من طريق المعنى لا يكاد يتضح بين النفقة
وبين السكنى ، ولا تعويل على كلام ملفق للخلافيين ، فالاعتماد على نص القرآن ،
كما أشار إليه إمام المسلمين رضي الله عنه ، فإنه عز من قائل أطلق السكنى ، ولم
يشترط فيها الحمل ، وقال : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ ثم لما انتهى البيان إلى
النفقة خصص ثبوتها بالحمل ، فقال : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ فالوجه إطلاق
ما أطلق وتقييد ما قيد ، وإذا لم تكن البائنة حاملاً ، فلا نفقة سواء كانت البينونة عن
فسخ ، أو طلاق ، أو فرقة لعان ، وأما السكنى ، فقد فصلناها في كتاب العدد ، فلا
نعيدها .

١٠١٥٣- وأما إذا كانت حاملاً ، فلا يخلو إما أن تكون بينونتها بسبب الطلاق ،
وإما أن تكون بسبب آخر : فإن كانت البينونة بسبب الطلاق ، فلا خلاف أنها تستحق
النفقة .

ثم أطلق الأئمة قولين مأخوذتين من معاني كلام الشافعي : أحد القولين - أن النفقة
تجب للحمل . والقول الثاني - أنها تجب للحامل .

توجيه القولين : من قال : إنها تجب للحمل ، احتج بأنها بائنة في نفسها ، فلا
تستحق النفقة بنفسها ، ولم يطرأ إلا الحمل ، فلتكن إضافة الاستحقاق إليه ، وإذا
وجبت النفقة بسببه ، فالنفقة للحمل إذاً . ثم لا نظر إلى قول من يقول : الحمل يكتفي
بالشمة. والمقدار النزر ؛ فإنه لا يتوصل إليه ما يبقى به إلا بعد اكتفاء الأم ، وأيضاً ؛ فإن
مؤونة الحمل واجبة ، ولو انفصل المولود ، فمؤونة الحاضنة واجبة ، واستقلال
الحامل بالحمل لا ينحط عن قيام الحاضنة بحفظ الولد وإرضاعه ، والغرض إحالة
الوجوب على الحمل .

ولا يتم بيان الفصل إلا بنجازه .

ومن نصر القول الثاني ، احتج بأن النفقة لو كانت تجب للحمل ، لسقطت بمرور

الزمن ، ولما كانت متقدّرة ، ولاختلفت بالزهادة [والرغبة]^(١) بناء على اعتبار الكفاية ؛ فإن المرعي في مؤن المولود الكفاية .

وما ذكرناه من توجيه القولين استفتاحاً ، وإلا فالبيان بين أيدينا ، ثم الذي نراه من الرأي أن نجري على ترتيب الأصحاب في إرسال مسائل بنوها على هذين القولين ، فإذا انتجرت ، انعطفنا عليها ، وربطناها بروابط الفقه على حسب ما يليق بها .

١٠١٥٤- فمما فرّعه الأصحاب أن المطلقة البائنة الحامل لو كانت مملوكة ، فمعلوم أن ولدها مملوك ، ولو انفصل ، لكانت نفقته على مالكة ، قالوا : المسألة خارجة على أن النفقة للحامل أو للحمل ، فإن قلنا : النفقة للحمل ، فهي على السيد ، وإن قلنا : النفقة للحامل ، فهي على الزوج ، قياساً على نفقة الزوجية ؛ فإن النكاح ش ٣١٣ ولو زال ، فعلقته إذا أوجبت / النفقة بمثابته .

ومن المسائل : أن الزوج لو كان عبداً ، والزوجة حرة بائنة حامل ، فإن قلنا : النفقة للحمل ، فلا نفقة على الزوج ؛ فإن المملوك لا يلتزم نفقة ولده ، وإن قلنا : النفقة للحامل ، فتجب النفقة على العبد ، كما تجب عليه نفقة الرجعية ، والنفقة في حالة الزوجية .

١٠١٥٥- ومما ذكره الأصحاب أن النكاح لو ارتفع بالفسخ ، وذلك بأن تفسخ المرأة النكاح بعيب في الزوج ، أو يفسخ الزوج النكاح بعيب فيها ، فإذا كانت حاملاً ، قالوا : في النفقة قولان مبنيان على أن النفقة تضاف إلى الحمل أو إلى الحامل ، فإن قلنا : هي مضافة إلى الحمل ، فالنفقة واجبة على الزوج الحر إذا كان الولد حراً ، وإن قلنا : النفقة للحامل ، فلا نفقة .

وهذا فيه غموض ؛ من جهة أن المفسوخ نكاحها كما لا تستحق النفقة ، فالبائنة بالطلاق لا تستحق النفقة أيضاً .

وهذا مما يعسر الفرق فيه ، ولم يذكر أحد من الأصحاب فيه كلاماً يقرب مأخذه من الفقه إلا الصيدلاني ، فإنه رمز إلى ما يكاد أن يكون فقهاً ، فقال : الطلاق إلى

(١) في الأصل : والرعاية .

الزوج تجنيسه وتصنيفه ، بدليل أنه إن أوقعه رجعيًا ، كانت المرأة على عُلقة من الزوجية واضحة ، وإن أوقعه على وجه البينونة ، فالأمر إليه ، وإن أوقعه قبل المسيس تعلقت البينونة ، وهذه الجهات مضافة إلى تصرف الزوج بالتفهم^(١) والتأخير واستبقاء العود والإنفاء منه ، فيجوز أن يقال : إذا طلقها مبيناً وهي حامل ، فقد اختار استبقاء استعمالها في مقصود النكاح وعُلقته ، فتجب النفقة لها ، وإن كانت بائنة ، وأما الفسخ ، فلا انقسام فيه حتى يضاف إلى إثارة الزوج ، ولا يقع الفسخ إلا [باتاً]^(٢) مبيناً .

وهذا تخيل لا تحصيل وراءه عندي ، ولكن لم يختلف الأصحاب في إيجاب النفقة للبائنة بالطلاق الحامل ، ورددوا القولين في المفسوخ نكاحها ، وما أطلقوه من المسائل في المملوكة ، والزوج المملوك ففيها قياسٌ جارٍ على حالٍ .

وإنما الغموض في محاولة الفرق بين البينونة الحاصلة بالطلاق وبين البينونة الحاصلة بالفسخ ، والذي أراه في المسائل إذا غمضت مأخذها وضاعت مداخلها ومخارجها أن أرجع إلى القانون الذي [عول]^(٣) عليه صاحب^(٤) ، وقد لاح إلى أن معتمده القرآن ، ولولا تنصيب الكتاب على إثبات النفقة للحامل ، لقلنا من طريق القياس : في البائنة المطلقة الحامل قولان مبيان على أن النفقة للحمل أو للحامل ، ولو جرينا على المسلك الحق ، لأوجبنا النفقة لكل حامل ، تجب النفقة على صاحب الحمل إذا انفصل الحمل لاستعمال المرأة بالاستقلال بالحمل ، ولكن الشافعي رأى النفقة ثابتة للحمل ، والآيات/ مسوقة في الطلاق ، والطلاق ثابتٌ على الإطلاق من ٣١٤ ي غير فرق بين المبين منه وبين الرجعي ، فلا معول إلا على نص الكتاب .

والمفسوخ نكاحها ليست مطلقة ، وحكم الفسخ يمتاز عن حكم الطلاق في

(١) كذا . ولعلها (بالتعجيل) أو (بالتقديم) .

(٢) في الأصل : إلا باقاً مبيناً .

(٣) في الأصل : عود .

(٤) صاحب : المراد به الإمام الشافعي إمام المذهب .

٤٨٨ _____ كتاب النفقات / باب نفقة التي لا يملك زوجها رجعتها وجوه ، فلم يبعد أن يُردَّ الرأي في الفسوخ إلى النظر ، ويخصص وجوب النفقة للمطلقة بحكم القرآن .

وقد ينقذ وجه آخر ، وهو أن الفاسخة هي التي تسببت إلى رفع النكاح ، ولذلك سقط مهرها قبل المسيس ، وقد تمهد أن فسخ الزوج بعيبها كفسخها بعيبه ، فيجوز أن يستعمل هذا في قطع الفسخ عن الطلاق ، من غير أن نلتزم إيداء معنى في استحقاق المطلقة ، فهذا ما أردنا ذكره .

١٠١٥٦- ومما يتعلق بذلك أن كلَّ انفساخ يشابه الطلاق في اقتضاء التشطير ، فهو في معنى الطلاق باتفاق الأصحاب ، وذلك كارتداد الزوج ؛ فإن النكاح وإن كان يفسخ به ، فالصداق يتشطر ، وسيله كسبيل الطلاق ، وارتدادها بمثابة إنشائها الفسخ فليتخذ الناظر ما ذكرناه معتبراً .

١٠١٥٧- وإذا لاعن الزوج عن زوجته [وانبت^(١)] النكاح ، فإن كانت حائلاً ، فلا شك أنها لا تستحق النفقة .

وأما إذا كانت حاملاً ، فلا يخلو الزوج : إما أن ينفي الحمل باللعان - إذا رأينا نفيه - وإما ألا ينفيه ، فإن لم ينف الحمل ، [ولحقه^(٢)] النسب ، فهذا نكاح انفسخ ، ونسب الحمل لاحق ، وقد اختلف أصحابنا في هذا الانفساخ ، على طريقين : فمنهم من ألحقه بفسخ الرجل النكاح بعيب فيها ، حتى يخرج على القولين ، كما قدمناه في الفسوخ .

ومنهم من ألحق ارتفاع النكاح بهذه الجهة مع لحوق الحمل بارتفاعه بالطلاق ؛ من جهة أن الزوج إذا فسخ النكاح بعيب فيها ، فهي مسلمة أن الزوج يستحق سلامتها عن العيوب . وأما اللعان ؛ فإنه مبني على نسبة الزوج إياها إلى ما هي بزعمها متبرئة عنه ، فلا يمتنع أن يكون اللعان من هذا الوجه كالطلاق .

وهذا هو المذهب الصحيح ، وإن جرى الاختلاف في هذا ؛ وجب بحسبه التردد

(١) في الأصل : وأثبت .

(٢) في الأصل : ولحقها .

في أن فرقة اللعان هل تشطر الصداق ، فإن نظرنا إلى جانبها ، وجب القضاء بالتشطر ، وإن نظرنا إلى إثبات الزوج ما نسبها إليه بحجة اللعان ، فهذا بمثابة تمهيد عذر يقطع فراق اللعان عن الطلاق ، هذا إذا لم ينف الزوج الحمل ولحقه .

فأما إذا نفى الحمل ، فلا نفقة عليه أصلاً ، فإن نظرنا إلى النسب ، فهو منتف عنه ، وإن نظرنا إلى المرأة ، فليست حاملاً عنه بولد منتسب إليه ، فهي في حقه بمثابة [الحائل]^(١) ؛ فينتظم منه أنها لا تستحق النفقة قولاً واحداً .

وهذا قد يعترض فيه إشكال واقع ، وهو أن الزوج إذا كان عبداً ، وقد طلق امرأته الحامل طلاقاً مبيناً ، فقد خرّجنا وجوب النفقة عليه على قولين ، وقلنا : إن صرنا إلى أن النفقة للحمل ، فلا/ نفقة على المملوك ، وإن قلنا : النفقة للحامل ، لزمته . ٣١٤ ش

فلو قال قائل : ما وجه إلزامكم إياه النفقة مع العلم بأننا وإن أضفنا وجوب النفقة إلى الحامل ، فهي بسبب الحمل ، وليس هذا الزوج المملوك مما^(٢) يلتزم نفقة المولود ، فينبغي ألا يلتزم نفقة بسبب المولود ، فإن ذلك النسب وإن كان ثابتاً ينبغي أن لا يؤثر إذا كان لا يوجب النفقة فأى فرق بين نسب ثابت لا يوجب النفقة وبين نسب منتف باللعان ، وهذا غامض جداً .

أما قطعنا بسقوط النفقة في مسألة اللعان فمنقاس ، وأما ترديد القول في الزوج المملوك ، فمشكل ، وكذلك القول فيه إذا كانت الزوجة مملوكة وكانت حاملاً [فولدها]^(٣) مملوك ، ولكن النقل عن الأصحاب ما ذكرناه ، ولعلنا ننعطف بالبحث انعطافاً [يوضح]^(٤) بعض الإشكال على حسب الإمكان .

١٥٨-١٠ وإذا انتهينا إلى اللعان ، فنستتم ما ذكره الأصحاب فيه ، فنقول : إذا نفى الحمل ونفينا النفقة ، فولدت المرأة ، وأخذت تنفق على ذلك المولود ، فإن انتماءه

(١) في الأصل : الحامل .

(٢) كذا ، وقد ترد (ما) للعاقل .

(٣) في الأصل : فولد مملوك .

(٤) في الأصل : نوع بعض الإشكال .

إليها ثابت ، فلو أن الزوج [أكذب]^(١) نفسه ، واستلحق الولد ، فالولد يلحقه لا محالة ، ثم يقع الكلام بعد هذا في النفقة التي أخرجتها المرأة . قال الأصحاب : ظاهر المذهب أن المرأة ترجع على الزوج بما أنفقته على المولود على اقتصاد ، وهذا يخالف قياساً كلياً ، من جهة أن من لم ينفق على ولده أياماً ظلماً وضيقاً ، فلا تصير نفقة الأيام الماضية ديناً عليه ، بخلاف نفقة الزوجية ، هذا هو المذهب الذي عليه التعويل ، وسنذكر في بعض الصور خبطاً من بعض الأصحاب ، وإنما جريانا الآن على ما هو المذهب المعتمد .

فإذا تمادى الزوج على نفي المولود بعد الانفصال ، فأنفقت المرأة ، فحكم ما أشرنا إليه من القياس [ألا تجد]^(٢) المرأة مرجعاً ، ولكن سنذكر في نفقات القرابة أن الأم تملك الاستدانة على الأب في نفقة المولود ، وهذا من ولايتها ، كما سيأتي موضحاً بعد ذلك ، إن شاء الله ، فالذي أخرجته في تمادي الزوج محمول على سلطانها ، فإذا أكذب الزوج نفسه ، ثبت حق الرجوع .

وذكر الشيخ أبو علي وجهاً أنها لا ترجع ، وهذا يعتضد بالقياس الذي ذكرناه ، وفي كلامه تشبيب بأن الأم لا تملك الاستدانة على الزوج ، وإن استدان من غير مراجعة القاضي ، لم تجد مرجعاً ، وسنوضح هذا ، إن شاء الله .

وهذا القائل يقول : قول رسول الله صلى الله عليه : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » قضاء منه لها ، وهو سيد السادة وقاضي القضاة ، فإن طردنا هذا الباب ، فلا كلام ، وإن قلنا : للأم الاستقراض في الولد الملتحق ، فصاحب الوجه الضعيف في مسألة اللعان قد يقول : هي ما أخرجت النفقة لترجع بانية أمرها على تكذيب الزوج نفسه ، إذا كان الأصل ألا يُكذَّب [نفسه]^(٣) بعد اللعان ، فإنفاقها / محمول على التبرع بالإففاق ، وهذا المعنى لا يتحقق [في]^(٤) الولد الملتحق .

(١) في الأصل : كذب .

(٢) في الأصل : « أن تجد » وهو خطأ لا يستقيم الكلام معه .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : إلى .

١٥٩- وما يتعلق بهذه المسائل أن الرجل إذا وطىء امرأة خلية عن النكاح بشبهة ، وعلقت عنه بمولود ، وزمان الحمل عدتها ، [فقد]^(١) قال الأصحاب : في استحقاقها النفقة على الزوج^(٢) قولان مأخوذان مما تمهد من قبل ، وهو أن النفقة للحمل أو للحامل ، فإن قلنا : إنها للحمل ، فعلى الواطيء النفقة إذا كان ممن يستوجب نفقة القريب ، وإن قلنا : النفقة للحامل ، فلا نفقة لها ؛ فإنها ليست في عُلقة نكاح .

وهذا مشكل ؛ من جهة أن الرجل إذا كان من أهل التزام نفقة الولد ، فيجب القطع بالتزام نفقة الأم لقيامها بحفظ الولد ، واستقلالها بحمله ، كما نوجب عليه نفقة المرضعة والحاضنة بعد انفصال المولود ، فهذا من مواضع النظر .

١٦٠- فقد أدينا ما بلغنا من قول الأصحاب في محل الوفاق والخلاف ، ونقلنا ما ذكره على ثبت ، وهذا أوان الانعطاف على ما سبق ، ونحن الآن نذكر مسلكين : أحدهما - في ضبط المسائل وترتيبها بعقد جامع ، والآخر - في تتبع العلل على مبلغ الوسع .

أما الترتيب فنقول : الكلام في الحامل : فإن لم ينتسب الحمل كما قدمناه في الحمل المنفي باللعان ، فلا نفقة أصلاً ، وإن كان منتسباً إلى الزوج ، وهو ممن يلتزم^(٣) نفقة الولد [والفراق]^(٤) طلاق ، فهذا موضع القطع بوجوب النفقة .

وإن انتسب الولد والزوج ممن لا يلتزم نفقته منفصلاً والفراق طلاق ، فقولان ، وهذا يشمل صورتين : أمة حامل بولد مملوك ، والزوج حر ، وحررة حامل والزوج مملوك .

(١) في الأصل : ثم قال الأصحاب .

(٢) على الزوج : أي الزوج الذي خلاها .

(٣) قيد بمن يكون من أهل الالتزام بالنفقة ، ليخرج المملوك مثلاً ، فإنه ليس من أهل التزام النفقة لولد ولا قريب كما سيذكر في الأسطر الآتية .

(٤) زيادة من المحقق لا يستقيم الكلام بدونها .

وإن كان ارتفاع النكاح بالفسخ الذي يُسقط المهر قبل الميس ، والولد منتسب ،
والزوج ممن يلتزم نفقة المولود ، فقولان .

وإن كان الولد منتسباً والزوج ممن لا يلتزم نفقة المولود - كالصورتين في المملوكة
والزوج المملوك - فالقطع بسقوط النفقة ؛ لأن النفقة إن أتت ، أتت من قبل الولد ،
فإن انتفت من جهته ، فلا نفقة ، بخلاف ما إذا كان الفراق بالطلاق .

وفي الفراق الحاصل باللعان مع انتساب الولد وكون الزوج ممن يلتزم نفقة المولود
الخلافاً الذي قدمناه ، والواطىء بالشبهة إن كان ممن لا يلتزم نفقة المولود ، لا يلتزم
النفقة التي حُمِلت عنه ، وإن كان ممن يلتزم نفقة المولود ، ففي المسألة قولان .
فهذا ترجمة لما قدمنا مفرقاً .

١٠١٦١- ونحن بعد ذلك نفتتح حلّ ما يشكل على حسب الإمكان ، والله المستعان
فلنرجع القهقري ، ولنبتدىء بالواطىء بالشبهة ، حيث أجرى الأصحاب القولين ،
فكان الوجه القطع بإيجاب النفقة ، لما نبهنا عليه ، ولكن حاصل هذا الخلاف عندي
يؤول إلى أن مَنْ منه الحمل ، ولا علة سواه ، هل يلتزم مؤنته قبل وضعه ؟ فيه
قولان : أحدهما - أنه يلتزم ، وقياس ذلك بيّن . والثاني - لا يلتزمها ؛ فإنه جزء منها
ش ٣١٥ ملتحق بها ، ولا يثبت التزام / مؤنته إلا إذا انفصل عنها ، واستقل بنفسه ، وهذا كما
أنا لا نثبت على الأب إخراج فطرة حمل ، ولا نوجب الزكاة في ماله - إن كان له مال -
على الرأي الظاهر ، ولا يجوز إعتاقه عن الكفارة ، فهذا هو الوجه في تخريج هذا
الخلافاً ، وأما النظر إلى الحمل والحامل ، فلا يشفي الغليل في هذا المقام .

وأما ما ذكرناه في المفسوخ نكاحها ، فهو يخرج على هذا النسق ؛ فإنها في نفسها
- وقد بانت بالفسخ - لا تستحق النفقة لعلة النكاح ، فلا يبقى إلا النظر في الحمل ،
فالقولان يرجعان إلى أن مؤنة الحمل هل تجب على من ستجب نفقة المولود [عليه] ^(١)
إن انفصل ، وفيه ما بيّناه الآن من القولين .

١٠١٦٢- وأما المطلقة المملوكة الحامل ، والحرّة المطلقة تحت العبد المملوك

(١) زيادة اقتضاها السياق .

أجرى^(١) الأصحاب في وجوب النفقة على الزوج في المسألتين قولين ، وكان ترتيبهم ما نقلناه عن الأصحاب ، فنجدده ، قالوا : إن قلنا : النفقة للحمل ، فلا نفقة على الزوج في المسألتين ؛ فإن ولد المملوكة مملوك ، ونفقته على مالكة ، لا على أبيه ، وإذا كان الزوج مملوكاً ، لم يلتزم نفقة ولده الحر .

هذا إذا قلنا النفقة للحمل .

وأما إذا قلنا : النفقة للحامل ، والحامل مطلقة في الميسر ، فيجب على الزوج النفقة ، وهذا مشكل ؛ لأنها إن اعتبرت في نفسها ، فهي بائنة ، فكانت مع رفع الحمل من [اليمين]^(٢) بمثابة الحائل ، ولو كانت حائلاً ، لما وجبت النفقة ، ولا يخرج قياس الكلام في هاتين الصورتين على القاعدة المقدمة في الموطوءة بالشبهة ، والمفسوخ نكاحها ؛ فإننا قلنا : إذا أوجبنا على الوالد نفقة الولد عند الانفصال ، فهل نوجب القيام بمؤنة الحمل وتربيته قبل الانفصال ؟ فعلى ما ذكرنا من القولين ، وهاهنا لا يجب على الزوجين نفقة الولد إذا انفصل قولاً واحداً ، والبائنة في نفسها لا تستحق النفقة قولاً واحداً لو قدر انعدام الحمل ، فلا مطمع في تخريج المسألتين على ما ذكرناه قبل .

١٠١٦٣- ولو ظن ظان أنه ينقذ في هذا معنى يعول على مثله في مجاري الأحكام ، فظنه خائب ، ورأيه غير [صائب]^(٣) ، ولكن ثبت نفقة الحامل [المطلقة]^(٤) بنص القرآن ؛ فإنه عز من قائل قال : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] فيثبت بالنص نفقة الحامل على الزوج ، وليس في القرآن فصل بين الزوج المملوك والزوج الحر .

وليس في مساق الخطاب فرق بين أن تكون المطلقة أمة أو حرة ، ولكن الظاهر

(١) جواب أما بدون الفاء ، وهو لغة كوفية جرى عليها الإمام كثيراً .

(٢) في الأصل : « اليمين » والمثبت تقدير من المحقق ؛ فهذا اللفظ يستعمله في مثل هذا السياق غالباً .

(٣) في الأصل : غير صاحب .

(٤) في الأصل : المطلق .

إجراء ظاهر الخطاب على المعتاد الغالب ، وتوجيه الخطاب على الأزواج بالإنفاق من الوُجد يصرّح بوصف الأحرار ، ومخاطبة الحرائر بملازمة مسكن النكاح ، ورفع الحجر عنهن بطريق المفهوم عند انقضاء آماذ العدد ، يدل على أن الكلام منزل على الحرائر ، كيف والشافعي يرى الإمام مستثنيات عن قاعدة/ النكاح ، وعلى ذلك بنى مسائله في منع الحر القادر على طول الحرية من نكاح الأمة ، فظهر أن الآيات منزلة على الحرّ مطلق الحرية .

ثم اعترضت المسألتان : إحداهما - في المملوك يطلق الحرية الحامل ، والأخرى - في الحر مطلق الأمة الحامل ، فتردد فيهما الكلام ؛ من حيث إنه ليس في القرآن نص على الحرّ والحرّة ، وإنما الذي ذكرناه إجراء على غلبة الاعتقاد ، وتحويم على تلقى من قرينة ، فأمكن إجراء النفقة ، حتى كأنها نفقة النكاح ، وعارض هذا ما أشرنا إليه من القرائن ، وبعُدَت المسألتان من جهة سقوط نفقة الولد عن كونهما في معنى الحر مطلق الحرية الحامل ، فكان التردد مأخوذاً من هذا المأخذ ، من غير تمسك بطرد معنى وعكسه .

١٠١٦٤- فهذا ما نراه ، [ولا يستد] ^(١) على قوانين الشافعي [غيره] ^(٢) ، فلتقع المسائل التي ذكرها الأصحاب [نوعين] ^(٣) : أحدهما - يشتمل على ما يدار على نفقة المولود ، وهو مسألة الواطيء بالشبهة ومسألة المفسوخ نكاحها ، والنوع الثاني - يشتمل على الحر مطلق الحرية ، وهو منصوص عليه في القرآن قطعاً ، والمسألتان الأخريان في الحرّ مطلق الأمة الحامل [والمملوك] ^(٤) مطلق الحرية الحامل مردّدتان في الإلحاق بالحر مطلق الحرية على النسق الذي ذكرناه ، من غير تمسك باعتبار نفقة الولد .

(١) في الأصل : ولا يستمر . وهو تصحيف تكرر كثيراً . ومعنى لا يستد : أي لا يستقيم ، وهذا اللفظ معهود في لغة الإمام كثيراً .

(٢) في الأصل : عنده .

(٣) في الأصل : « فلتقع المسائل التي ذكرها الأصحاب لو عين » . وهو تصحيف مضلل .

(٤) في الأصل : المملوك (بدون الواو) .

وهذا ليس أمراً نتكلفه ، ولكنه تصرف في لُبَاب مذهب الشافعي واقتصاص لآثاره في بناء مسائل الباب على الآية ، وبها صدر أول مسائل الباب .

وقد نجز بهذا المسلكان الموعودان في الترجمة والمباحثة [ورَدُّ] ^(١) المسائل إلى قواعدها .

١٠١٦٥- ونحن بعد ذلك نذكر قاعدةً تلتحق بالأصول ، وتقع تنمةً لها ، ونذكر ما يتصل بها ، ثم نختم الكلام بمسائل بعضها منصوصة ، وبعضها نجرىها فروعاً ، فنقول : إذا أوجبنا النفقة للحامل : إما في صورة القطع ، وإما على أحد القولين في صور الخلاف ، فقد أطلق الأئمة وراء ذلك قولين في أنا هل نوجب تعجيل النفقة إذا ظهرت أمارات الحمل ، أم نقول : لا يجب تعجيلها ، ونتوقف ، وقد يكون ما نتخيله ريحاً فتنفش ، فإن وضعت الحمل ، أوجبنا حينئذ نفقة زمان الحمل ؟

أحد القولين - أنه يجب التعجيل ، والقول الثاني - أنه لا يجب التعجيل ، وبنى الأصحاب هذين القولين على قولين اشتهر ذكرهما في أن الحمل هل يُعرف ؟ وقالوا : إن قلنا : الحمل لا يعرف ، فلا يجب التعجيل ، وإن قلنا : الحمل يعرف ، فيجب التعجيل في الحال .

وهذا عندي اكتفاء بظاهرٍ من غير تشوّفٍ إلى درك حقيقة ؛ فإن القول لا يختلف في أن الحمل لا يُقطع به ، ولا ينكر أحد كونه مظنوناً ، ثم لا ينكرون أن الظنون تتفاوت : فهي على حدٍّ في أوائل العلامات ، وإذا توافت ، وربّما البطن ، وانضم إلى الرّبوّ اختلاجُ المولود ، فهذا يكاد يقرب من اليقين ، فكيف يسوغ إطلاق القول بأن الحمل [هل] ^(٢) يعرف ؟ نعم ، إذا بدت / العلامات ، فقد نقطع في بعض الأحكام بتقدير الحمل ، وقد ٣١٦ ش نتردد في بعضها ، ومواضع القطع تميّز عن مواضع التردد بطرق فقهية ، وقد ألحق الأصحاب هذا الحكم الذي فيه نتكلم بمواضع التردد .

ونحن نُجري ما ذكره الأصحاب بطريق توجيه القولين ، فنقول : من لم يوجب

(١) في الأصل : ويرد .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

التعجيل ، قال : النكاح منبئٌ ، ولقد كان سبباً لإيجاب النفقة ، فزال ، ولم يتحقق الحمل ، والأصل براءة الذمة ، فلا وجه للمصير إلى تنجيز النفقة إيجاباً .

ومن نصر القول الثاني ، وهو الأصح ، بل حكم أصل الشافعي القطع بإيجاب التعجيل ؛ فإنه تلقى وجوب النفقة من ظاهر القرآن ، وقد قال عز من قائل : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] ، فصرح الخطاب باستفتاح الإنفاق وامتداده إلى وضع الحمل ، ومن آخر الإنفاق ، فهو في حكم المخالف لنص القرآن ، وهذا المسلك في التمسك بظاهر القرآن يضاهي تعلّقنا بقول المصطفى صلى الله عليه وسلم في الدية المغلظة : [إذ قال] ^(١) : « وأربعون خلفه في بطونها أولادها » فاقضى فحوى قول المصطفى الحكم بتقدير الأجنة في بطون الأمهات إذا ظهرت العلامات ، فكان الحمل في هذا في حكم المعلوم المقطوع به .

ويتأيد هذا القول بمسلك آخر عليه ابتناء النفقات ، وهو أنها لو أخرت النفقة عنها قد تتضرر ، وقد يُفضي الأمر إلى الإجهاض ، فلا يليق بمحاسن الشريعة تجويز تأخير الإنفاق ، والغرض من الإنفاق تربية الحمل .

فإن قيل : هذا الذي ذكرتموه من التعلق بالقرآن والمعنى مرتفع عن درجة الظنون ؛ فأى متعلق يبقى للقول الآخر ؟ قلنا : لعل ذلك القائل يجعل فحوى الخطاب في الكتاب لتقدير مدة النفقة لا للتعجيل ، وليس هذا كقوله عليه السلام في الديات : « الأربعون خلفه » ؛ فإنه قال : « في بطونها أولادها » فإن الأولاد إذا انفصلت ، وصارت فُصلاناً وأخورة ^(٢) ، فليست هي خلفات ، وليس في بطونها أولادها ، فلا يتطرق إلى ذلك إمكان التأويل ، ولو انفصلت أولادها واستُحقت تابعة ، [لزاد] ^(٣) العدد على المائة بخلاف ما نحن فيه . وأما إفضاء تأخير الإنفاق إلى إهلاك الجنين ، فليس بذاك ؛ فإنها ستنفق من مال نفسها ، وإن لم تجد ، لم تضع في وضع الشرع ،

(١) في الأصل : أن قال .

(٢) الفصلان والأخورة : جمع فصيل وجمع حُوار ، وهما من أسماء الإبل في أول عمرها . ثم هي في الأصل (أجورة) .

(٣) في الأصل : أراد العدد .

ويؤول الكلام إلى الرجوع والاسترداد عند تبين الأمر .

ولسنا ننكر - مع هذا التكلف - أن الأصح تعجيل النفقة .

وفيه دققة سيأتي التفريع عليها - إن شاء الله - وإذا انتهينا إليها ، نبهنا على بديعة هي سر المذهب .

التفريع على القولين :

١٠١٦٦- إن قلنا : يجب تعجيل الإنفاق ، فإن أنفق ، لم يخل : إما أن يبين أنها حامل ، وإما أن يبين أن ما بها ريح / [قد نفشت] ^(١) .

٣١٧ ي

فإن بان أنها حامل : فقد وقعت النفقة موقعها ، ويجب على الناظر أن يعلم أنها لا نوجب استفتاح الإنفاق ما لم تشهد نسوة من ذوات الخبرة على كونها حاملاً ، وإنما خصصناهن بالذكر لمسيس الحاجة إلى الاطلاع على ما لا يظهر إلا في وقت الحاجة من النساء ، ولا ننكر إحاطة الرجال بذلك .

فلو جئن وقلن : إنها حامل ، وهن أثبات ، فذاك ، وإن قلن : لا سبيل إلى القطع بذلك ، ولكن توافت علاماته ، فهل يثبت الحمل بهذا أم لا ؟ هذا فيه تردد عندي : يجوز أن يقال : لا بد وأن يَجْزَمَ إقامة لمراسم الشهادات المقامة في مفاصل الخصومات ، وهذا كما أن الشهود يجزمون شهاداتهم بالملك ، وإن كانوا على القطع لا يستندون إلى ما يقتضي العلم ، ولو أبدوا ترددهم ، بطلت شهادتهم ، فلتكن شهادات النسوة على الحمل بهذه المثابة .

ويجوز أن يقال : إذا أخبرن بحقيقة الحال ، كفى ذلك ، وهذا يمكن تقريبه مما ذكر من أن الحمل هل يعلم ؟ حتى تكون فائدة هذا أنا هل نكلف الشهود [الألفاظ] ^(٢) المشعرة بالعلم أم يكتفى بما يدل على الظنون الغالبة ، ومن يكتفي بما يدل على الظنون الغالبة يستشهد بشهادة العدل الرضا الذي هو من أهل مخالطة الرجل على الإعسار ، فإنه لو قال : خبرت ظاهره وباطنه ، فظهر لي إعساره ، ولا أعلم له مالاً ، فقد يكتفى

(١) في الأصل : فرانفت .

(٢) زيادة اقتضاها السياق ، وساعد عليها معنى كلام ابن أبي عصرون .

بهذه الصيغة في إثبات الإعسار . وكذلك إذا شهد الشاهد حَصْرَ الورثة ، فيكفي أن يقول : لا أعلم له ورثة سوى هؤلاء .

وأما الشهادة على الملك ، فيعسر الانفصال عنها ، ولكن حقيقة الملك ترجع إلى ملك التصرف ، ومن تحقق عنده تسلط إنسان على تمادي الزمان من غير ظهور منازع ، فيمكن أن يحكم له بملك التصرف ، ولا معنى للملك - وإن جزم - إلا الاقتدار على التصرف .

فهذا ما أردنا أن نذكره . وحقائق القول في مراتب الشهادات وخواصها ستأتي في موضعها ، إن شاء الله .

هذا إذا أوجبنا عليه تعجيل النفقة .

١٠١٦٧- فلو أخذ في الإنفاق فأجْهَضَت المرأة جنينها بعد بُدْوِ التخليق والتخطيط ، فالنفقة واقعة [موقعها]^(١) وإن لم ينفصل الحمل حياً ، وذلك أنا نوجب كفاية الحمل ، ولا ننظر إلى خروجه حياً ، فإن اتفق إجهاضٌ لعارضٍ عرض ، فتلك المؤنة مصادفةٌ حقها .

فأما إذا بان أنها لم تكن حاملاً ، وقد أنفق الزوج على تقدير الحمل ، فهذا موضعٌ يتعين صرف الاهتمام إليه ، والغرض منه تفصيل القول في أن الزوج هل يرجع فيما أخرجه قائلاً : قد أنفقت على ظن الحمل ، فإذا بان أن لا حمل ، ولا نفقة للبائنة الحائل ، فأسترد ما أنفقته : سبيل الكلام في ذلك أن الزوج إذا كان يرى تعجيل النفقة قبل وضع الحمل مستحقاً ؛ فإنه يرجع إذا بان عدم الحمل ، وكذلك / إذا كان لا يرى التعجيل مستحقاً ، ولكن ارتفعت الواقعة إلى مجلس حاكم يعتقد إيجاب التعجيل ، فإذا ألزمه التعجيل ، فاتبع إلزامه وارتسم أمره ، ثم تبين انتفاء الحمل ، فيثبت الرجوع .

هذا إذا فرعنا على قول إيجاب التعجيل .

١٠١٦٨- وأما إذا فرعنا على القول الآخر ، وقلنا : لا يجب الإنفاق ما لم تضع

(١) في الأصل : « موتها » . وهو تصحيف قريب إدراكه .

المرأة الحمل ، فيتفرع على هذا القول أمران : أحدهما - تنمة فصل ابتدأناه والأولى تقديمه ، وهو أن الزوج إذا عجل النفقة على قولنا لا يلزمه التعجيل - وكان لا يعتقد هو في نفسه وجوب التعجيل ، ولم يحمله قاضٍ عليه ، ولكنه تبرع ، فعجل ، فإن بان أنها حامل ، وقع ما عجله موقعه ، وإن بان أنها حائل ، ففي هذا اختباط الأصحاب ، ونحن نجمعه مع ما قدمناه في ضبط حاوٍ ، إن شاء الله .

فنقول : كل من أخرج مالا على اعتقاد أنه واجب عليه في الحال ، ثم تبين أنه لم يكن واجبا عليه ، فله الرجوع فيه ، بلا خلاف ، سواء ذكر الجهة التي أخرج المال فيها أو لم يذكرها وأطلق الإخراج ، فلو أدى إلى إنسان مالا على ظن أنه يستحق عليه ديناً ، ثم بان أنه لا يستحق عليه شيئاً ، فيسترد ما دفعه إليه ، وإذا كان للرجل مال غائب ، فحسب بقاءه ، وأخرج زكاته بعد حولان الحول ، ثم تبين أن ذلك المال هالكٌ ، فالذي أخرجه يسترده ، فإنه أخرجه على قصد الوجوب ، ثم تبين أن الزكاة ليست واجبة عليه .

ولو كان يتوقع وجوباً ، فعجل قبل تحقق الوجوب ، ثم لم يثبت الوجوب المنتظر ؛ فهل يرجع فيما أخرجه ؟

هذا ينقسم قسمين : أحدهما - أن يكون وقوع الوجوب متأخراً لا يستند إذا ثبت إلى الحالة الراهنة ، وقد لا يقع الوجوب في الاستقبال ، وهذه كالزكاة تعجل قبل حلول الحول ، فالزكاة تجب عند انقضاء الحول إن توافت الشرائط ، فإذا فرض التعجيل ، ثم امتنع وجوب الزكاة ، فهل يملك الرجوع فيما قدمه ؟ [ذكرنا]^(١) تفاصيل موضحة في باب التعجيل من كتاب الزكاة ، لا نجد بداً من رمز إليها ، وإلى تراجمها : فإن قال عند الإخراج : هذه زكاتي المعجلة فإن لم تجب ، رجعتُ فيها ، فله الرجوع .

وإن قال : هذه زكاة مالي المعجلة ، ثم لم تجب الزكاة ، ففي الرجوع كلام ، والظاهر الرجوع .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

٥٠٠ _____ كتاب النفقات / باب نفقة التي لا يملك زوجها رجعتها

وإن قال : هذا صدقة مالي أو زكاة مالي ، ولم يقيد بالتعجيل ، ثم تبين الأمر ، ولم تجب الزكاة ، ففي ثبوت الرجوع خلاف مرتب ، وهاهنا أولى بأن لا يثبت الرجوع .

ولو أطلق الإخراج ، ولم يتعرض لذكر شيء ، فالظاهر هاهنا أنه لا يرجع ، وفيه خلاف .

فإذا تبينت هذه المراتب في هذا القسم ، ابتدأنا بعده القسم الثاني ، وهو مقصودنا ، فإذا عجل النفقة ، فلو تبين الحمل ، لترتب عليه أن النفقة أخرجت في وقت وجوبها ، فإن الوجوب يستند^(١) / ، وإنما لا نوجب التعجيل على هذا القول ي ٣١٨ الذي نفرع عليه ، لأننا لسنا نتيين الحمل ، ولا نرى الإخراج من غير ثبت .

١٠١٦٩- فإذا تصوّر هذا القسم وتميز عن القسم المذكور قبله ، فنذكر ما أرسله الأصحاب فيه ، ثم نوضح الأصل الذي عليه التعويل .

قال الأصحاب : إن عجل النفقة ، وشرط الرجوع ، ثم بان انتفاء الحمل ، رجع . وإن لم يشترط الرجوع ، ثم بان انتفاء الحمل فهل يرجع ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يرجع ؛ لأنه أخرج على تقدير الوجوب ، فإذا بان أن لا وجوب ، ثبت له حق الرجوع ، كما لو دفع مالاً إلى إنسان ، وهو يعتقد أنه يستحق عليه ديناً ، ثم بان أنه لا حق له ، فالباذل يرجع .

والوجه الثاني - أنه لا يرجع ؛ لأنه متبرع بالإخراج في الحال ، فإن لم يثبت الوجوب ، حمل ما أخرج على التبرع ، وما قدمناه من المراتب في الزكاة المعجلة لا حاجة إلى ذكرها هاهنا ؛ فإنها تعلم أن النفقة تأتيها من قبل ظن الحمل ، والعلم^(٢) في هذا بمثابة الزكاة ، والمسكين إذا جاءه مال عن ذي ثروة ، فيجوز أن يكون متصدقاً عليه على سبيل التطوع ، فالتفصيل الذي لا بد منه هاهنا ما ذكرناه من شرط الرجوع والسكوت عنه . هذا ما تمس الحاجة إليه في هذا القسم .

(١) يستند : أي يقع مستنداً إلى تحقق الحمل الذي لم يكن محققاً وقت إخراج النفقة .

(٢) أي علم الزوجة التي تتلقى النفقة يكون بمثابة المسكين الذي يتلقى الزكاة .

١٧٠- والسر الموعود الذي به بيان التفاصيل أن من أعطى على اعتقاد الوجوب وظنّ توجه الطلب ، ليس يخطر له التبرع بوجه ، فلا جرم إذا لم يقع عن الجهة المعينة ، فلا وجه إلا الاسترداد ؛ فإن الرجوع إلى قصد المعطي ، فإذا جرد قصده وحمله على عقد لا تردد فيه عنده ، ثم بان بطلان القصد ، والعقد ، فيبقى مجرد البذل ، ومجرد البذل لا يملك القابض ؛ إذ تسليم المال يقع على وجوه ، والمملك منها بعضها ، فإذا بطل ما قصد ، ولم يثبت مملك ، وصورة الإقباض لا تملك ، فلا يخفى ثبوت الاسترداد .

واستدل الأصحاب على هذا مع وضوحه بحديث أبي بن كعب ، قال رضي الله عنه : كنت آتي بعض الأنصار ، فأقرئه وأعلمه القرآن ، فأعطاني قوساً ، فأتيت به رسول الله صلى الله عليه ، وقصصت عليه القصة ، فقال عليه السلام : « أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار ؟ فقلت : لا ، قال : فارددها »^(١)

وقد يستدل أصحاب أبي حنيفة بهذه القصة إذا قالوا : لا يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، وهذا لعدم إحاطتهم بمعنى الحديث ؛ فإن أبيت رضي الله عنه ، ما كان يعلم الأنصاري بأجرة ، وإنما كان يتقرب إلى الله بتعليمه ، فظن الأنصاري المتعلم أنه يستحق عليه أجراً ، فأعطاه القوس ظاناً أنه باذل حقاً عليه ، فلما اطلع رسول الله على حقيقة الحال أمره برد القوس ؛ فإنه لم يقع حقاً مستحقاً على ما ظنه الأنصاري ، ولو كان الأنصاري متبرعاً ، فالتبرع [غير]^(٢) مردود باتفاق المذاهب . هذا إذا اتحد القصد والعقد ، ثم بان خلافه .

١٧١- فأما إذا علم البازل أنه لا حق / عليه في الحال ، وكان لا يتوقع وجوباً في ٣١٨ ش المال ، وهو فيما بذله على قصد تعجيله ، فبذله تبرع ، فإن كان هبة ، فقد نقول :

(١) حديث أبي بن كعب أنه علم رجلاً القرآن . . . الحديث . رواه ابن ماجه (التجارات) باب : الأجر على تعليم القرآن ، ح ٢١٥٨ ، والبيهقي في الكبرى (١٢٦/٦) من رواية عبد الرحمن بن سلم عن عطية الكلاعي عن أبي به . وقد أعل الحديث بوجهين ، أطال الحافظ في مناقشتها (ر . التلخيص : ١٣/٤ ح ١٨٤٩) .

(٢) زيادة لا يستقيم الكلام إلا بها .

٥٠٢ _____ كتاب النفقات / باب نفقة التي لا يملك زوجها رجعتها
لا حاجة إلى اللفظ فيه إذا لم يكن معتاداً ، وقد نُحَوِّج إلى اللفظ فيه على [ما]^(١) تمهد
في كتاب الهبات .

وإن قصد الصدقة [فالرأي]^(٢) الظاهر أنه لا حاجة إلى اللفظ ، ثم لا رجوع [في]^(٣)
الصدقة .

وإذا كان لا يجب إخراج شيء في الحال ، فأخرجه على قصد أن يكون عما
سيجب ، فللأصحاب ترددٌ وتفصيل في أن الزكاة إذا لم تجب في المال ، فهل يملك هو
الرجوع ؟ وسبب هذا التردد أنه يملك ذلك القابض ، ويبعد تنجيز الملك عن واجب ،
ولا واجب ، وإذا ثبت للقابض تصرف الملاك ناجزاً ، فليتنجز له مملكته ، وإنما يتحقق
هذا بأن يقال : إن وقع عن الواجب فذاك ، وإلا وقع عن جهة أخرى مملوكة ؛ فإن
القابض ليس مستقرضاً ، فإذا أعطى المعجل عن خيرة وتسليط [القابض]^(٤) على
التصرف في الحال ، أثبت هذا منع الرجوع على تفاصيل عند بعض الأصحاب .

فهذا هو الذي أوجب تردد الأصحاب ، وإذا قيّد بالرجوع ، رجع ، وهو يوهي
التعليل الذي ذكرناه من تنجيز التسليط على التصرف ، ولكن إذا قيّد ، لم يُبق إمكاناً ،
وحمل جواز تصرف المسكين على الحاجة الحاقة الناجزة ، وعليها بناء الاستحاث
على التعجيل .

وأما تعجيل النفقة في مسألتنا ، فالرجوع فيه أولى وأقرب ؛ لأن الوجوب يستند إلى
حال الإخراج إذا بان الحمل ، وكلما كان الوجوب أظهر وأوقع ، كان الرجوع إذا لم
يتحقق الوجوب أولى .

ثم إذا كنا نثبت الرجوع ، فجواز تصرف المرأة محمول على حاجتها الناجزة ، كما
ذكرناه في تعجيل الزكاة ، ولا حاصل لقول من يقول : قد تكون موسرة بمال نفسها ؛

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : بالرأي .

(٣) في الأصل : إلى .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

فإن قبضها ما يُستحق وتصرفها فيه وإن كانت مستغنية عنه بمثابة قبض المسكين حق نفسه .

فهذا بيان هذه المنازل .

١٧٢- وقد يعترض على الترتيب الذي نظمناه شيء ، وهو أن من أخرج زكاة ماله الغائب بعد انقضاء الحول ، على ظن بقاء المال ، فالقاعدة التي استثنيناها تقتضي القطع بثبوت الرجوع في هذه الحالة ؛ فإن مخرج الزكاة مُجرّد قصدّه إلى جهة الوجوب ظان أن الزكاة واجبة منتجزة في الحالة الراهنة ، ولكن ذهب طوائف من الأصحاب إلى ترديد القول في أنه هل يملك الرجوع ، وهذا يكاد يخرم ما ذكرناه ، ووجه ما ذكره هؤلاء أنا لا نوجب عليه إخراج الزكاة عن ماله الغائب ما لم يكن على تحقق من بقاءه ، فلعل التردد في الرجوع محمول على هذا ، ووجه القياس إثبات الرجوع بخلاف تعجيل الزكاة ، وبخلاف تعجيل النفقة فيما نحن فيه .

هذا تمام المراد في أحد المقصودين ، وهو أنه هل يملك / الرجوع إذا عجل ٣١٩ ي وقلنا : لا يلزمه التعجيل ، ثم بان أن لا حمل .

١٧٣- فأما المقصود الآخر فنقول : مبنى نفقة القرابة على السقوط بمرور الأيام ، كما سيأتي شرح ذلك في نفقة القرابة - إن شاء الله - فإن قلنا : النفقة للحامل ، ظهر إلحاقها بنفقة الزوجية ، وهي لا تسقط بمرور الزمن ، وكذلك نفقة الرجعية ، وإن قلنا : النفقة بحال وجوبها على الحمل ، ثم قلنا : لا يجب التعجيل ، فإذا وضعت حملها ، لم يختلف الأصحاب - حيث انتهى التفريع إليه - أنه لا تسقط النفقة بمرور زمان الحمل ، وإن كان الوجوب تبين مستنداً إلى ما تقدم ، وذلك أنا لو أسقطنا النفقة بمضي الزمان ، وقلنا لا يجب تعجيل الإنفاق إلى الوضع ، فهذا إسقاط النفقة قصداً ، فيتعين القطع بأن النفقة لا تسقط بمضي زمان الحمل ، وإن قلنا : النفقة للحمل .

وأما إذا أوجبنا تعجيل الإنفاق كما^(١) بدا الحمل ووضح بطريق وضوحه ، فإن

(١) كما : بمعنى عندما .

قلنا : النفقة للحامل ، لم تسقط بمرور الزمان ، حتى لو أخرها ، ولم يخرجها حتى وضعت المرأة الحمل - استقرت النفقة في ذمته ديناً .

وإن قلنا : النفقة للحمل ، وأوجبنا تعجيلها ، فلو أخرها حتى وضعت المرأة ، ففي سقوط النفقة وجهان في هذا المنتهى ، سنعيد ذكرهما من بعد ، إن شاء الله .

١٧٤-١٠- ومما يتعلق بتمام البيان في هذا الفصل أنا إذا قلنا : النفقة للحمل ، فلو كانت المرأة لا تكتفي بالمد أو بالمدّين - والغرض تصوير حاجتها إلى مزيد على نفقة الزوجية - فهل نزيد ترقياً إلى الكفاية ؟ اضطرب الأصحاب في ترتيب هذا الفصل : فقال قائلون : إن قلنا : النفقة للحمل ، فالواجب الكفاية ، زادت على حقيقة النكاح أو نقصت ، وإن قلنا : النفقة للحامل ، فوجهان : أحدهما - الكفاية مرعية ؛ فإننا لو لم نكفها ، لأضررنا بالحمل . والثاني - أنه لا مزيد على نفقة النكاح ، وإن فرضنا إضراراً ، كما أن الاقتصار على المد قد يضرّ بها ، ثم لا مبالاة بذلك .

ثم إن كانت تكتفي بدون المد ، فلا نقصان من نفقة النكاح ، وإنما هذا التردد على هذا القول في الزيادة .

ومن أصحابنا من قلب الترتيب ، وقال : إذا قلنا : النفقة للحامل ، فلا مزيد على مقدار النكاح ، وإذا قلنا : النفقة للحمل ، فهل تعتبر الكفاية أم يلزم التقدير ؟ فعلى وجهين ، وسبب هذا التردد أنا إذا قلنا : النفقة للحمل ، فلسنا نخلي قولنا عن رعاية حق الحامل ، وإذا قلنا : النفقة للحامل ، فلسنا نخلي قولنا عن الالتفات على الحمل ، وكأن الحمل في المطلقة يُبقيها في عُلقة تضاهي عُلقة الرجعة في استحقاق النفقة . والعلم عند الله .

ولم يختلف أصحابنا في أن المرأة إذا حملت في صلب النكاح ، لم نزدها على مقدّر النكاح شيئاً ، والتردد الذي ذكرناه في حالة البينونة ؛ فإنّ عصام النكاح قد زال ، فعظم النظر في الولد ، فهو المتعلّق .

ش ٣١٩ وإذا/ كان النكاح قائماً ، فلا مزيد على حق النكاح ، وإن خطر لناظر أنها ازدادت بالحمل إقلالاً له واستقلالاً به ، فكأنها منكوحة حاضنة ، فهذا فقه على حال . ولكن

لم [يعتبره]^(١) أحدٌ من الأصحاب ؛ فإن الحمل لا يمكن اعتباره على حياله ، ومنه التفّ أحد القولين بالثاني في أن النفقة للحمل أو للحامل .

وهذا نجاز الكلام في هذا الفن الذي رأيناه قاعدةً في الباب ، ولم يبق بعد نجاهه إلا فصلٌ منصوصٌ عليه للشافعي تخطب المزني في فهمه ، ثم في الاعتراض عليه ، ونحن نذكره ، ونبيّن وجه الصواب فيه ، ثم نذكر بعده فروعاً متفرقة .

فصلٌ

قال : « ولو كان يملك الرجعة ، فلم تقر بثلاث حيضٍ . . . إلى آخره »^(٢) .

١٠١٧٥- والوجه أن نذكر مراد الشافعي ووجه الصواب حتى إذا انتهى الحظّ الفقهي ، رجعنا إلى ظن المزني واعتراضه ، وبيان خطئه .

فلتقع البداية بتصوير المسألة : إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعيّاً ، ومَرّت عليها ثلاثة أقرء ، ثم بدا بها حمل ، ولو وضعت دون أربع سنين لِلْحَقِّ الحملُ ، ولاعتقدنا أن ما رآته من الدماء كانت في زمان الحمل ، ثم التردد في أنها حيضٌ أو دمٌ فساد ، فلو لم تضع الحملَ حتى مضت أربع سنين على وجهٍ يقتضي الشرعُ نفيه عن الزوج ، فيقدّر العلوق به وراء الأقرء ، ويُقضى بانقضاء العدة بمضيها .

هذا هو الأصل .

فإن زعمت المرأة أن أقرءها انقضت في أربعة أشهر مثلاً ، وما قالته محتمل ، فتستحق النفقة لهذه المدة على زوجها ، وإن اتهمها الزوج ، حلفها ، فإنهن مؤتمنات في أرحامهن ، والرجوع في آماذ العدد إليهن .

ولو قالت المرأة : لست أدري في كم انقضت أقرائي ، فهي لا تخلو إما إن كانت على عادة معلومة في أدوارها ، وكانت تعلم عادتَها ، ثم جوزنا لما سألناها ازدياداً أو نقصاناً ، فإن كان كذلك ، فقد قال الأصحاب : لها النفقة أيام عادتِها .

(١) في الأصل : لم يعتبر .

(٢) ر . المختصر : ٨٠ / ٥ .

وإن زعمت أن عاداتها مضطربة ، وكانت لا تعرف أقل عاداتها ، فهي محمولة على أقل ما يتصور انقضاء الأقراء فيه ، ولا تستحق النفقة إلا لأقل زمن يتصور انقضاء عدتها فيه ؛ فإن هذا القدر هو المستيقن ، ولا متعلق معنا من عاداتها ، حتى نتخذه أصلاً مرجوعاً إليه .

ولو كانت تعرف أقل عاداتها ، وكان ذلك أكثر من الأقل الذي وصفناه ، فقد قال الأصحاب : ليس لها إلا نفقة أقل عاداتها ، ويحتمل أن يقال : إذا كانت عاداتها مستقيمة ، ولم تدع أن الأقراء جرت على حسب العادة التي ألفتها قديماً ، بل ادعت الجهالة ، فليس لها إلا نفقة أقل الأزمان ؛ فإن هذا هو المستيقن ، وهي ما ادعت مزيداً ، فتصدق ، وليست الأدوار وإن تكررت بعيدة عن الزيادة والنقصان ، وهذا الوجه يجري إذا كانت عاداتها مختلفة ، وكانت تعرف أقلها ، فيتجه أن لا نوجب لها إلا الأقل الذي لا أقل منه ؛ لأنها لم تدع ، بل ردّدت قولها ، وليس النقصان ولا الزيادة مستنكرين في أدوار الحيض والطهر .

ي ٣٢٠ هذا فقه الفصل وبيان / مراد الشافعي ، وتفصيل الأصحاب على سنن الصواب .

١٧٦١- وأما المزني ، فإنه ظن أن الشافعي صور المسألة فيه إذا ادعت المرأة أن أقراءها [انقضت]^(١) في زمان ذكرته ، ثم قال : لا تصدق فيه . فأخذ يعترض قائلًا : إنهن مؤتمنات في أرحامهن ، فكيف لم نصدقها ، واستشهد بالرجعة عند فرض التنازع في انقضاء العدة في كلام يطول^(٢) ، ولا حاصل لما جاء به ؛ فإن اعتراضه غير واقع على تصوير الشافعي ، فإنه رضي الله عنه صور الكلام فيه إذا لم تدع المرأة مدة ، وأبهمت قولها ، ثم تفصيل المذهب في اضطراب عاداتها واستقامتها كما ذكرناه .

فأما إذا ادعت المرأة وقوع أقراءها في زمن ذكرته ، فهي مصدقة مع يمينها ، لا خلاف فيه . هذا بيان مقصود الفصل .

(١) في الأصل : نقصت .

(٢) ما رأيناه في مختصر المزني إشارة عابرة إلى المسألة ، وليس « كلاماً يطول » فهل ذكره المزني في جامعه الكبير مثلاً ، أم في غيره (ر . المختصر : ٨٠ / ٥) لترى إشارة المزني الموجزة جداً .

قَرِجُ : ١٠١٧٧- إذا طلق الرجل امرأته الحامل طلاقاً مبيناً ، فنفقتها واجبة ، كما ذكرناه ، فلو مات الزوج في أثناء العدة ، استكملت المرأة عدة الطلاق ، ولم تنتقل إلى عدة الوفاة .

قال ابن الحداد : إذا مات الزوج كما صورنا ، سقطت النفقة في بقية العدة ، لأننا إن قلنا : النفقة للحمل ، فلا تجب نفقة القرابة في تركة الميت ، وإن قلنا : النفقة للحامل ، فهي في محل الحاضنة ، ولا يجب مؤونة الحاضنة في تركة المتوفى .

قال الشيخ أبو علي : الصواب غير ما ذكره ابن الحداد ، فإن نفقة العدة وجبت لمكان الحمل دفعة واحدة ، والتحقت بالديون ؛ فطريان الموت لا يسقطها ، واحتج على ذلك من جهة النص ، بأن قال : نص الشافعي على أن [مؤنة]^(١) سكنها في بقية العدة مأخوذة من التركة ، وقطع قوله به ، ثم ردد قوله في أن المتوفى عنها زوجها في غير هذه الصورة هل تستحق السكنى ؟ فقطعه القول بإثبات السكنى للمطلقة الحامل دليل على أن ما يجب لها لا يسقط بطريان الموت .

وهذا الذي ذكره الشيخ أبو علي من تغليب ابن الحداد إن كان من كلامه ، فهو بعيد عن الصواب ، والصواب ما ذكره ابن الحداد ، وإن نقله عن الأصحاب ، فالأوجه ما ذكره ابن الحداد ؛ وذلك لأن نفقة الحامل في العدة لا تجب دفعة واحدة ، وإنما تجب يوماً يوماً ، كنفقة الزوجية ، فإذا فرض الموت ، فإيجاب النفقة ابتداءً على ميتٍ لحاملٍ بعيدٍ عن قياس المذهب ، [وإنما]^(٢) وقع لهؤلاء ما وقع ؛ من جهة أن النكاح ينقطع بالموت ، فلو مات الرجل عن زوجته الحامل ، فلا نفقة لها ، لأن النكاح قد زال ، ونفقة القرابة لا تجب في تركة ميت ، وعدة المطلقة لا تنقطع بالموت إذا كانت بائنة .

فقال من خالف ابن الحداد : المعنى الذي أوجب النفقة قائم ، لم ينقطع ؛ لأن المرأة مستبرأة بها ، والنفقة لا تجب لصورة العدة ، وإنما تجب للحمل أو لحضانة

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : أنا وقع لهؤلاء . . .

ش ٣٢٠ الحمل ، بدليل / أن الحائل البائنة لا تستحق شيئاً ، [ولا]^(١) وجه عندنا إلا ما ذكره ابن الحداد .

فَرَجُّعٌ : ١٠١٧٨- إذا وضعت المرأة حملها ، وكان الزوج طلقها طلاقاً رجعياً ، فاختلف الزوجان في تاريخ الطلاق ، فللمسألة صورتان متعارضتان : إحداهما - أن الزوج لو قال : طلقتك بعد الوضع ، فاستقبلت عدة الطلاق الرجعي ، فلي الرجعة ، وقالت المرأة : بل طلقني قبل الوضع ، فانقضت عدتي بوضع الحمل .

قال الأصحاب : القول قول الزوج في أنه يلزمها استقبال العدة ، وتثبت الرجعة في أمد العدة بعد الوضع ؛ فإن الزوج هو المطلق ، والمرأة تدعي عليه تطليقاً قبل الوضع ، والقول قوله في نفيه ، ولكن لا نفقة للمرأة ، فإنها مؤاخضة في حق نفسها بقولها ، وهي زاعمة أنها بائنة حائل .

الصورة الثانية - أن يقول الزوج : طلقتك قبل الوضع ، فإذا وضعت ، انقضت عدتك ، فلا نفقة لك ولا رجعة لي ، وقالت المرأة : بل طلقني بعد الوضع ، فنفتي ثابتة ، قال ابن الحداد : النفقة لا تسقط ، فإن الزوج يدعي سقوطها بوضع الولد ، والأصل بقاءها ، ولكن لا رجعة له ؛ لأنه مؤاخذ بقوله ، وهذا ظاهر .

ويتطرق إليه احتمال ؛ من جهة أن الزوج يقول : أنا المطلق ، وأنا أعرف بتاريخ الطلاق ، فليكن الرجوع إليّ ، وهذا ظاهر .

ومن أحاط بالفصول التي ذكرناها في اختلاف الزوجين في كتاب الرجعة ، لم يخفَ عليه ظهور هذا .

فَرَجُّعٌ : ١٠١٧٩- إذا نكح الرجل امرأة نكاحاً فاسداً ، على ظن الصحة ، وكان ينفق عليها ، ثم تبين له [فساد]^(٢) النكاح ، ومعلوم أن النكاح الفاسد لا يوجب النفقة للمرأة ، فالذي رأيته للأصحاب أنه لا يرجع فيما أخرجه في نفقتها ، وهذا يكاد يعترض على بعض أطراف الكلام في الفصل الجامع القريب منا ؛ حيث [ذكرنا ما يثبت

(١) في الأصل : فلا .

(٢) في الأصل : بفساد .

الرجوعُ به ، وما لا يثبت الرجوعُ به ،^(١) وذلك أن من قواعد ذلك الفصل أن من أخرج شيئاً على اعتقاد الوجوب ، ثم بان عدم الوجوب ، فإنه يملك الرجوع ، والأمر كان كذلك في النكاح الفاسد .

والذي اعتمده الأصحاب فيما قطعوا به أن قالوا : كان الزوج متسلطاً عليها في ظاهر الحال بناء على ظن الصحة ، فوقعت النفقة على مقابلة سلطانه عليها ظاهراً .

وهذا فيه إشكال ؛ فإن ذلك السلطان كان منوطاً بظن وبحسبان ، فإن [بان]^(٢) الأمر على خلاف ما حسبه ، فليس يبعد عن الاحتمال أن يثبت له حق استرداد ما أخرجه ، ولكن لم أر للأصحاب إلا القطع بأنه لا يملك الرجوع .

وكان شيخي يقول : لو قال النكاح : [هذا الذي أقدمه أقدمه]^(٣) وأنا على اعتقاد صحة النكاح ، فإن بان فساده ، رجعت به ، فلا يملك الرجوع إذا بان الفساد . هذا ضمُّ إشكالٍ إلى إشكال ، والاحتمال جارٍ ، وجريانه في الصورة الأخيرة/ أظهر . ٣٢١ ي

والممكن في توجيه ما ذكره الأصحاب ضمّاً إلى السلطان الذي اعتمدوه أن العادات مطردة أن من ينكح ، ويتسلط وينفق لا يضمّر الرجوع ، هذا ما عليه دأب الخلق ، سواء بان الفساد أو الصحة ، فهذا إذا بذلّ يقع متجدداً على وجه لا يضمن الرجوع معه ، وهذا إنما يجري إذا لم يقيد بالرجوع ، والعلم عند الله .

فصل في

١٠١٨٠- كان يليق بالفصل الذي جمعنا فيه القول فيمن يرجع بما ينفق وفيمن لا يرجع ، وليس بعيداً عن هذا المنتهى ، قال الصيدلاني : كان القفال يقول : من دفع

(١) عبارة الأصل : « حيث ذكرنا ما يثبت الرجوع به ، إذا تبين الأمر بخلاف الظن ، وما لا يثبت الرجوع به » وواضح ما بها من حشو وخلل .

(٢) في الأصل : ابتنى .

(٣) عبارة الأصل : « هذا الذي قدمته وأنا على اعتقاد صحة النكاح » وسوّغ للمحقق هذا التصرف وهذه الزيادة ، أن عبارة الأصل ليس فيها فرق بين الصورة الأولى . وهذه التي اشترط فيها الرجوع والسياق يشهد لهذا التعديل وهذه الزيادة . والله أعلى وأعلم .

إلى دلال [عَرَضاً]^(١) حتى يبيعه ، فباعه ، فأجرته على الذي أمره ، إن ذكر الأجر ، وإن أطلق فعلى تفصيل معروف مذكور في موضعه ، ولا شيء على المشتري ؛ فإنه لم يأمر الدلال بشيء .

والمسألة مفروضة هاهنا ، فلو وهب المشتري شيئاً من الدلال على اعتقاد أنه يستحق عليه شيئاً ، فله الرجوع فيما وهبه ؛ [لأنه]^(٢) اعتقده واجباً ، فإذا بان خلاف [ما]^(٣) يعتقده ، رجع .

وهذا فيه نظر على حال ، لأن المسألة مفروضة فيه إذا وهب من الدلال ، والهبة عقد تمليك ، والظنون لا تغير مقتضيات العقود ، ويمكن تخريج هذا على أن النظر إلى المقصود أو إلى [مقتضيات]^(٤) الألفاظ في العقود ، فإن نظرنا إلى المقصود ، فالكلام على ما ذكره القفال ، وإن نظرنا إلى صيغة العقد ، فالهبة مملّكة ، فإذا اتصل القبض بها ، فلا رجوع ؛ إذ لا يرجع واهب فيما وهب إلا الوالد فيما وهب لولده .

* * *

(١) في الأصل : عوضاً .

(٢) في الأصل : لا مما اعتقده واجباً .

(٣) سقطت من الأصل ، وزادها المحقق .

(٤) في الأصل : قضيات الألفاظ .

باب النفقة على الأقارب

قال الشافعي : « في كتاب الله تعالى وسنة رسوله . . . إلى آخره »^(١) .

١٠١٨١- نفقة القرابة ثابتة ، والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب ، فقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] وروى أبو هريرة : « أن رجلاً جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال : معي دينار ، فقال : أنفقه على نفسك ، فقال : معي آخر . فقال : أنفقه على ولدك ، فقال معي آخر ، فقال : أنفقه على أهلك ، فقال : معي آخر ، فقال : أنفقه على خادمك ، فقال : معي آخر ، فقال : افعل ما شئت »^(٢) قال أبو هريرة : « ولدك يقول : أنفق عليّ ، إلى من تكلني ؟ وزوجتك تقول : أنفق عليّ أو طلقني ، ويقول خادمك : أنفق عليّ أو بعني » ثم كان يقول : هذا من كيس أبي هريرة ، وقال رسول الله صلى الله عليه لهني : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

وأجمع المسلمون على ثبوت نفقة القرابة .

ثم القرابة المقتضية للنفقة عند توافي الشرائط المرعية في وجوب النفقة هي البعضية عندنا على القرب والبعد ، فتستوجب [على]^(٣) الموسر - على ما سنصفه / إن شاء الله ٣٢١ ش - نفقة بعضه : دنا أو بُعد ، وتستوجب نفقة أهله : دنا أو بعد ، ولا نظر مع قيام البعضية إلى اختلاف الدين ، فيجب على الإنسان نفقة قريبه إذا كانت قرابتهما بعضية سواء كانا على دين واحد أو اختلف الدين بينهما ، ولا يعتبر في استحقاق أصل القرابة الإرث ، وإن كنا قد نرعاها في التفصيل وفي التقديم ، على خلاف للأصحاب مشهور

(١) ر . المختصر : ٨١ / ٥ .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث .

(٣) زيادة من المحقق .

سيأتي ، إن شاء الله : فتثبت نفقة أبي الأم ، وبنت البنت مع انتفاء الإرث .
[وأبو حنيفة جعل الاستحقاق باجتماع الرحم والمحرمية]^(١) ولم يخصصه
بالعضية^(٢) ، ثم شرط في ثبوت النفقة بالقرابة التي ليست بعضية الاتفاق في الدين ،
ولم يشترط الاتفاق في الدين بين شخصين بينهما بعضية .
فهذا هو الأصل .

١٨٢-١٠ ثم إذا أوجبنا نفقة الابن الصغير على الأب ، فيشترط كون الابن معسراً ،
حتى لو كان في ملكه ما ينفق عليه ، لم تجب نفقته على أبيه ، ولا يشترط أن يكون
عاجزاً عن الكسب ، بل اتفق الأصحاب على أن استكسابه وإن كان يرُدّ مقدار نفقته ،
فعلى [الأب]^(٣) الإنفاق عليه .

وينشأ من هذا أصلٌ قد ينسلّ عن فكر الفقيه القياس ، وبانسلاال أمثالها تُظلم أرجاء
مسالك الفقه ، وذلك أن الأب إليه استصلاح ولده ، فلو رأى أن يحمله على الكسب ،
لم يبعد في النظر أن يجوز له ، ولو جُوز له ذلك ، ففيه إسقاط النفقة معه ، ولا ينتظم
مع هذا إطلاق القول بأن النفقة تجب على الأب وإن كان الصبي المراهق كسوباً [فكيف
التصرف في هذا؟]^(٤) .

أولاً- لا خلاف أن الأب لو أراد أن يعلمه بعض الحرف لاستصلاح معاشه والنظر في
عاقبة أمره ، فله ذلك ، وإذا علمه حرفة ، فكيف ينتظم في النظر له تعطيلها ؟ وقد
ينساها إذا تركها ؟ وإذا كان يتجه هذا الرأي [وإعماله]^(٥) ، فأئى معنى لإحباط منفعته ؟
وإذا تجمع مما ذكرناه أنه يحمله على الاكتساب ، فكيف يتسق مع هذا إيجاب النفقة
على الأب للابن المحترف ؟ ولو عمل ، لرَدَّ بيومٍ قوت أيام .

هذا وجه التنبيه على غامضة يجب إنعام الفكر فيها ، وقد رأيت لبعض الأصحاب

(١) في الأصل : وأبو حنيفة على استحقاق باجتماع الرحم والمحرمية .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٢٢٤ ، فتح القدير : ٤١٩/٤ .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) عبارة الأصل : فكيف التصرف فيه في هذا . والمثبت تصرف من المحقق .

(٥) في الأصل : إعماله (بدون الواو) .

[أنه]^(١) ليس للأب أن يجشم ولده الكسب ، وهذا غفلة عظيمة . نعم ، لا يمتنع في هذا تفصيلاً فيقال : إن كان يليق بذلك الولد حفظ المروءة ولو استكسبه الأب لغض ذلك من قدره ، وصارت عبرة لا تنسى على طول عمره ، فليس من النظر له الاستكساب ، ويجوز أن يقال : ليس من النظر لمثله أن يعلم الحرف ..

وأما إذا كان يليق به [وبينيته]^(٢) الاستكساب ، فلا وجه لمنع الأب من استكسابه ، وعلى الجملة لا يخرج الاستكساب في بعض الأشخاص / والأحوال عن كونه وجهاً من ٣٢٢ ي وجوه النظر ، ولكن يبقى ما اتفق الأصحاب عليه من وجوب نفقته على الأب مع كونه كسوباً .

وأثره يظهر فيما نصفه ، وهو أن الصغير إذا عطل الكسب يوماً وغيب وجهه عن أبيه ، أو لم يطعه مع تكليفه ، ولما جاع ، عاد طالباً للنفقة ، فعلى الأب الموسر الإنفاق عليه ، والابن [البالغ]^(٣) قد يشترط في استحقاقه النفقة ألا يكون كسوباً ، حتى لو اقتدر على الكسب وعطله لم يستحق النفقة .

هذا طرف من الكلام في نفقة الصغير .

١٨٣-١٠- وأما الابن البالغ ، فيشترط في استحقاقه النفقة على أبيه كونه فاقداً لما ينفقه ، وهل يشترط ألا يكون كسوباً ؟ فعلى قولين : أحدهما - لا يشترط ذلك ، ويستحق النفقة على أبيه الموسر ، وإن كان كسوباً ، كما ذكرناه في المراهق ، وجه هذا القول أن الغرض في إيجاب النفقة كف الضرر ، وتكلف الكسب وتحصيل القوت بالكد مضرٌّ مع اتساع مال [الوالد]^(٤) ، ومبنى الإنفاق على الإرفاق .

والقول الثاني - أنه لا يستحق النفقة إذا كان قادراً على كسب يرد قوته ؛ [فإن استحقاق النفقة يتعلق بالحاجة]^(٥) ، كاستحقاق سهم المساكين في الزكاة ، ثم كون

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) غير مقروءة بالأصل إلا بصعوبة بالغة .

(٣) في الأصل : النابع .

(٤) في الأصل : الولد .

(٥) في الأصل : فإنه استحقاق لنفقة يتعلق بالحاجة .

الشخص كسوباً يخرج عنه استحقاق سهم المسكنة ، فليخرجه عن استحقاق النفقة ، وهذا القائل ينفصل عن المراهق ، ويقول : [إلزامه]^(١) شرعاً ولا تعلق للتكليف به بعيد ، ومعاقبته بقطع الإنفاق إذا لم يكتسب بعيداً ، والبالغ العاقل معرض لتوجيه الأمر عليه أولاً ، ومعاقبته بقطع النفقة عنه إذا لم يمثل الأمر آخرأ .

وللقائل الأول أن ينفصل عن سهم المسكنة ، ويقول : ذلك مخصوص بذوي الحاجات الحاقة ، ولو شاركهم في ذلك المكتسبون ، لتقاعد سداد الحاجة عن اشتدت حاجته .

التفريع : ١٠١٨٤- إن حكمنا بأن الكسوب يستحق النفقة على الموسر ، فلا كلام . وإن حكمنا بأن الكسوب لا يستحق ، فهل يشترط أن يكون امتناع الكسب بزمانة أم لا يشترط ذلك ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنا نشترط الزمانة ، وفي معناها المرض اللازم المعجز مع صحة الأعضاء ، فإن الصحيح السليم لا يخلو عن التمكن من نوع من الكسب .

ومن أصحابنا من لم يشترط الزمانة ، واكتفى بالآ يكون مستقلاً بتحصيل قوته ، وقد ذكرنا مثل هذا التردد في استحقاقه سهم الفقراء ، ثم انتهينا في التفريع على أحد الوجهين إلى اشتراط العمى ، ولم ينته إلى اشتراطه أحد من الأصحاب في النفقة . ومما يتعلق بتمام ذلك أنه لو كان يقدر على تحصيل مقدار من القوت ، فذاك القدر لا يستحقه ، ويستحق ما يعجز عنه ، إذا اشترطنا ألا يكون كسوباً ، فهذا مما يجب التنبيه له ، وكل ما ذكرناه في نفقة الولد على الوالد الموسر .

ش ٣٢٢ ١٠١٨٥- فأما إذا كان الولد موسراً والأب معسراً ، فهل يشترط ألا يكون كسوباً ؟ اختلف أصحابنا على طريقين : فمنهم من قطع بأننا لا نشترط ذلك في حق الأب قولاً واحداً ؛ فإن إحالة الابن الموسر أباه الطاعن في السن على العمل في الطين^(٢) ،

(١) في الأصل : التزامه . والمثبت من عمل المحقق .

والمراد بإلزامه هنا إلزامه الاكتساب .

(٢) كذا . وفي صفوة المذهب : على العمل الدني .

لا يليق بما أوجبه الله تعالى من احترام الآباء والإحسان إليهم ، ولا يبعد عن الأب إحالة ابنه على الكسب ، كما لا يبعد منه استخدامُه .

ومن أصحابنا من أجرى القولين في جانب الأب المعسر ، كما ذكرناه في الابن المعسر ، وهذا وإن أمكن توجيه القياس فيه ، فالمذهب المعتدُّ به القطعُ بأن ذلك ليس شرطاً في الأب .

وقد يتصل بهذا الفصل النظر في تفاصيل الكسب ؛ فإن الرجل ذا المروءة لو تكلف نقل القاذورات وشئيل الكناسات ، فقد يجتمع له ما يقوته ، ولكن ذلك [يحطّ]^(١) من مروءته [فكيف]^(٢) الطريق فيه ؟ هذا عندنا يخرج على اشتراط الزمانة : فمن شرطها ، فموجب مذهبه أن لا فرق بين كسب وكسب ، إذا فرض الاقتدارُ عليه ، ومن لم يشترط الزمانة ، فالرأي على التردد في رعاية ما أشرنا إليه من اعتبار المروءة والنظر إلى أقدار المناصب .

ولا خلاف أن عبد الرجل مبيعٌ في نفقته ، وإن كان ذلك يلجئه إلى التبذل والتبسط بنفسه في الحاجات الدنيّة كاستقاء الماء وما يشبهه .

وقد تنجز أصلٌ من أصول القول في ذلك .

١٠١٨٦- ونحن نأخذ من هذا المنتهى في أصلٍ آخر ، ونقول : لا خلاف أن نفقة القريب مبناها على الكفاية ، وليست متقدّرة ، بخلاف نفقة الزوجية ، فإن اكتفى في يومٍ ولم يحتج لعارضٍ ، فلا نفقة له ، وإن كان رغبياً ، لزمّت كفايته ، وإن كان زهيداً ، فعلى قدر حاجته .

ولا يضرّ أن نصرف الاهتمام إلى بيان الكفاية ، فنقول : لا ينتهي الإنفاق إلى رد النهم والقرم^(٣) وحسّم الشهوة ، ولكن الكفاية المطلقة ما [يقي]^(٤) البدن ويدراً عنه الضرار في الحال والمآل .

(١) في الأصل : يحطه .

(٢) في الأصل : أم كيف .

(٣) القرم : شدة الشهوة إلى أكل اللحم .

(٤) في الأصل : « يقلّ » . والمثبت من تقدير المحقق .

وبيان ذلك أنه إذا كان [يغضُّ] ^(١) المقدارَ النَّزَرَ من كفايته ، فقد لا يظهر أثر هذا في يوم ، ولكن لو فرض التماضي عليه ، لظهر إضراره .

فالذي أراه أنه لو كان يسد جوعته ويستأصل نَهْمَتَه ، ثم أراد في بعض الأيام أن يقتصر على ما يقع به الإقلال في اليوم ، ثم يتداركه في غده - أن هذا غير سائغ ؛ فإن هذا جزء من الضرر ، والغدُ غيب .

ثم يجب أن يُطعم ما يَأْتدم به ؛ فإن الخبز القفار يحلّ القوى ، والمرعي في الأدم الأصل الممهّد في نفقة الزوجات ، غير أن المرعي في القوت الكفاية [فالأدم] ^(٢) على قدرها .

والكسوة واجبة ، وقد وَضَحَتْ في مؤن الزوجات ، والمطلوب إزالة الضرر ، والقيام بالكفاية .

ثم ما يبتني على الكفاية ، فلا يشترط التملك فيه ، بل يكفي أن يقول لقريبه الذي يستحق الإنفاق عليه : كُلْ معي .

١٨٧-١٠ وإذا مضت أيام لم يتفق الإنفاق فيها ، سقطت نفقتها ، ولم تثبت ديناً

ي ٣٢٣ بخلاف/ نفقات الزوجات ، فإن ما لا يجب التملك فيه ، وابتنى على الكفاية ، استحال مصيره ديناً في الذمة .

هذا أصل المذهب وقاعدته .

ذكر الشيخ أبو علي في شرح التلخيص وجهين في أن نفقة الولد الصغير هل تسقط بمرور الزمان ، أم تصير ديناً في ذمة الأب الموسر ؟ أحدهما - أنها تسقط ، وهذا القياس الحق ، وتوجيهه ما أوضحناه من اعتبار الكفاية وسقوط التملك .

والثاني - أنها تثبت في الذمة ، وهذا الوجه على ضعفه موجه عند الصائر إليه بأن نفقة المولود محمولة على نفقة الزوجية ، فإنها من أتباع النكاح ، وإن كان المطلوب منها الكفاية ، حتى يكون احتباسها مقابلاً بكفاية الزوج إياها لا يسقط بمرور الزمان ،

(١) في الأصل : نعص .

(٢) في الأصل : فلازم .

فلتكن نفقة المولود بهذه المثابة ؛ إذ الولد المضاف إلى النكاح من آثار الاستمتاع ، وأيضاً اهتمام المرأة بولدها من زوجها يقرب من اهتمامها بنفسها ، فلو كانت نفقة المولود تسقط بتعطيل الزوج إياها ، وهي لا تعطل ولدّها ، فيقرب تضررها بسقوط نفقة مولودها من تضررها بسقوط نفقتها في نفسها .

وهذا الوجه ضعيف لا أصل له ، ولا ينبغي أن يعتدّ به ، ولولا علوّ قدر الحاكي ، لما استجزت حكايته ؛ لما حققته من أن نفي التملك وإثبات الكفاية مع المصير إلى أنه يجب تدارك ما مضى أمسٍ كلامٌ متناقض ؛ فإنه يستحيل أن يكفى الإنسان أمرَ أمسه ، والماضي لا مستدرك له . نعم ، إذا أثبتنا النفقة للحامل البائنة ، وقضينا بأن النفقة للحمل ، فترتب عليه أنا إن لم نوجب تعجيل النفقة ، وقضينا بأن الزوج يُخرج نفقة زمان الحمل يومَ الوضع ، فهذه نفقة منسوبة إلى القرابة ، وليست ساقطةً بمضي الزمن .

وإن قلنا : يجب تعجيل النفقة ، فلو لم يتفق تعجيلها حتى وضعت المرأة الحمل ، فهل نقضي بسقوط نفقة أيام الحمل - والتفريع على أن النفقة للحمل - ؟ فعلى وجهين معدودين من أصل المذهب ، وإنما اتجه عدم سقوط النفقة بمضي الزمان لاتصالها باستحقاق الحامل ؛ فإن انتفاعها بها سبق انتفاع الحمل ، وإن أضيفت إلى الحمل ، فالمرأة مستحقّتها ، فكان انتظام الوجهين لهذا ، وفيه يتجه ما أطلقناه من التبعية ، ثم هذا في الحمل ، أو في الولد الصغير على ما حكاه الشيخ .

فأما نفقة الولد البالغ ، ونفقة كل قريب يستحق النفقة سوى الولد الصغير تسقط^(١) بمرّ الزمان ولا تصير ديناً قط .

١٠١٨٨- وهذا نجاز هذا الأصل ، ونأخذ بعده في أصل آخر ، فنقول : الزوجة إذا كان لا يتوصل إليها نفقة مولودها ، وكان الأب حاضراً ممتنعاً ، أو غائباً ، والطفل فقير لا مال له ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أن لها أن تأخذ نفقة ولدها من مال زوجها إذا كانت يدها تمتد إليه ، واحتجوا في ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) تسقط : (جواب أما بدون الفاء) .

ش ٣٢٣ لهند / : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » وقال عليه السلام ذلك ، لما شكت إليه شحّ أبي سفيان وامتناعه عن الإنفاق عليها وعلى ولدها .

وهذا خارج عن قياس الأصول ؛ من جهة أن الأم لا تلي على الرأي الظاهر ، ومن ولّاها من الأصحاب فذاك إذا لم يكن للمولود والد ، وإثبات الولاية لها مع الأب ليس على قاعدة القياس ، ولكن رأى الأصحاب الاستمسك بالحديث [وتقديمه] ^(١) على القياس ، وفيه مصلحة لائقة بالحال ؛ فإنها لو كانت تحتاج إلى مراجعة القاضي في نفقة الولد ، لعسر ذلك عليها ، وإذا كانت تنفق من مال زوجها بالمعروف على ولدها ، فقد تنزّجى الأيام وتنطوي عريّة عن نزاع وضرار .

وأبعد بعض الأصحاب ، فلم يثبت لها ذلك ، إلا أن [يفوض] ^(٢) القاضي إليها ، ورأى هؤلاء قول الرسول صلى الله عليه وسلم تسليطاً منه إياها على الأخذ بمثابة [تسليط] ^(٣) القاضي ، ولم يروا ذلك حكماً ثابتاً شرعاً على وجه الفتوى ، وهذا بعيد .

ثم إذا جوزنا للأم أن تأخذ من مال الزوج من غير إذنه ، فلو لم تجد لزوجها مالاً واستقرضت عليه ، فإن قلنا : ليس لها أن تأخذ مال الزوج إذا وجدته ، فليس لها أن تستقرض عليه ، وإذا قلنا : لها أخذ مال الزوج ، فهل لها الاستقراض عليه من غير تفويض القاضي إليها ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لها الاستقراض ؛ لأن الشرع أثبت لها ولاية الاستقلال في نفقة المولود ، ومن نتائج [الولاية] ^(٤) الاستقراض .

والثاني - ليس لها ذلك ؛ فإن الأخذ من مال الزوج مأخوذ من فحوى الحديث ، على خلاف أصول القياس ، فالوجه الاقتصار على مورد الخبر من غير مزيد ، وهذا مسلك الكلام في كل حكم تضمن الخبر إثباته على خلاف أصول القياس .

١٠١٨٩ - ولو نفى الرجل نسب مولوده باللعان ، واضطرت المرأة للإنفاق عليه ،

(١) في الأصل : وتقديم .

(٢) في الأصل : يفرض .

(٣) في الأصل : تسليطه .

(٤) في الأصل : الولادة .

ثم إن الزوج أكذب نفسه [واستلحق]^(١) النسب الذي نفاه ، فهل ترجع المرأة على الزوج بما أنفقته من مال نفسها ؟

هذا يستدعي تقديم مسألة أخرى ملتحقية بما تقدم ، وهي أن الزوجة لو لم تصادف مال الزوج ، ولم تجد من يقرضها على الزوج ، فأنفقت من مال نفسها ، فهل ترجع على الزوج ؟ هذا يترتب على الاستقراض ، فإن منعناه ، فامتناع الرجوع على الزوج إذا أنفقت من مال نفسها أولى ؛ فإنها تكون في مقام المقرضة لزوجها من غير استقراض منه ، فكأنها المقرضة والمستقرضة ، وهذا بعيد .

وانتظمت ثلاث مراتب : إحداها - أخذ مال الزوج من غير رضاه ، والظاهر الجواز للخبر . والثانية - في الاستقراض على الزوج من غير تفويض من القاضي ، وفيها الخلاف ، والثالثة - في إنفاقها من مال نفسها ، وطلبها الرجوع على الزوج .

ونقول بعد ذلك : إذا أنفقت المرأة/ على الولد المنفي باللعان ، ثم أكذب الزوج ٣٢٤ نفسه ، ففي رجوعها وجهان مرتبان على الوجهين فيه ، إذا [أنفقت]^(٢) المرأة على الولد النسيب من مال نفسها ، والصورة الأخيرة أولى بالأثبت الرجوع فيها ؛ لأنها فعلت ما فعلت بانية على ظاهر النفي ، وهي موطنه نفسها على الانفراد بالإنفاق من غير تقدير مرجع .

ومما يتم به البيان في هذه المسائل أنا إذا أثبتنا للمرأة الرجوع على زوجها إذا أنفقت من مال نفسها ، فذاك فيه إذا لم تقصد التبرع ، وأما إذا قصدت التبرع ، فلا مرجع ، ويجب أن يقال : إنما ترجع على أحد الوجهين إذا قصدت الرجوع .

١٠١٩٠ - ومما يتعلق بتتمة ذلك أنه أولاً إذا كان للمولود مال ، وكانت نفقته من ماله ، وله أب من أهل الولاية ، فلا شك أن الأب هو الذي يلي مال الطفل ، ولو أرادت الأم أن تنفق على الولد من مال الولد ، فالوجه عندي أن يكون هذا أولى

(١) في الأصل : واستلحق .

(٢) في الأصل : انتفت .

بالجواز من إنفاقها عليه من مال الزوج ، فإذا تسلطت على إنفاق مال الزوج عليه ، فلأن تسلط على إنفاق مال الطفل عليه أولى .

ثم إذا كانت متمكنة من طلب نفقة الولد من الزوج وتحصيلها من جهة ، فأرادت الاستبداد بالأخذ^(١) ، فالوجه أن ذلك لا يجوز ، وإنما يسوغ الأخذ من مال الزوج عند ظهور تعذر الاستبداء منه ، ويشهد لذلك الحديث ؛ فإن هنداً قالت : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد إخبارها هذا ما قال . وقد استدل الشافعي في كتاب دعاوى على أن لمن تعذر حقه أن يأخذ من مال مَنْ عليه الدين قدر حقه ، بحديث هند ، ثم ينتظم في هذا أنها تملك مطالبة الزوج بنفقة الولد ، وكل هذا والولد طفل .

١٠١٩١- ونحن نذكر بعد هذا تفصيل القول في الذين يستحقون النفقة بالعضية في هذا الغرض الذي نحن فيه ، ونقول : كل من يستحق النفقة على قريبه ؛ فإنه يطالبه بها مطالبة الديون ، فإن امتنع ووجد مستحق النفقة من جنس النفقة ، أخذ الكفاية مما وجده ، وإن وجد من غير جنس النفقة ، فعلى القولين في الظفر بغير جنس المال عند تعذر استيفاء الديون .

ولو أراد الابن البالغ المعسر أن يستقرض على أبيه الموسر مقدار نفقة نفسه ، فليس له أن يستبد بهذا ، وكذلك القول في الأب الفقير مع الابن الموسر ، ولكن يرفع مستحق النفقة أمره إلى الحاكم ، وللحاكم أن يستقرض على من عليه النفقة ، فإن فعل ، فذاك ، وإن أذن لمستحق النفقة أن يستقرض عليه ، جاز .

وإن استقرض عليه بنفسه من غير مراجعة القاضي - مع القدرة عليها - لم يلزم ذلك القرض ذلك الإنسان ، ولو عدم مستحق النفقة الحاكم ، ومست الحاجة ، فاستقرض ش ٣٢٤ على من عليه النفقة ، ففي المسألة/ وجهان مأخوذان من مسألة الجمال ، وقد سبقت مستقصاة .

١٠١٩٢- ومما يتعلق بهذا أن أب الطفل إذا غاب وحضر الجد ، فقد ذكر الشيخ

(١) أي من مال الزوج بغير إذنه .

أبو علي وجهين في أنه هل يستبد الجد بالاستقراض على الغائب من غير مراجعة القاضي مع القدرة عليها ، ولست أرى لجواز الاستقراض عليه من غير مراجعة القاضي وجهاً أصلاً ؛ فإن الجد لا يلي في غيبة الأب ، وما أثبتناه في الأم ، فمعتدنا فيه الخبر ، فلعل الشيخ نزل الجد في الغيبة منزلة الأم ، وليس هذا من مواضع القياس ، بل القاضي يلي الطفل في غيبة الأب .

وقد انتهى هذا الغرض .

١٠١٩٣- ونحن نبتدىء مقصوداً آخر منعطفاً على ما تقدم ، فنقول : من ملك عقاراً ، فهو مبيع على قدر الحاجة في نفقة من يجب نفقته ، وكل ما يباع في الديون ، فهو مبيع في النفقات ، وسنوضح في أثناء الكلام أن النفقة مقدمة على الدين .

١٠١٩٤- فإذا لم يملك الرجل شيئاً يباع في دين ، ولكنه كان كسوباً قادراً على أن يحصل قوت نفسه وقوت قريبه ، فهل يجب عليه أن يكتسب ، وكيف السبيل فيه ؟ قال الأئمة : إذا قدر على الكسب ، فهل له أن يتكفف ويسأل الناس إلحافاً ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يجب عليه أن يكتسب ، ويترك التعرض للناس^(١) ، وهذا يعتضد بقول المصطفى صلى الله عليه ، إذ قال : « المسألة حرام إلا على ثلاثة الحديث »^(٢) ولولا الحديث ، لما كان ينقاس تحريم المسألة والتعرض للناس بالسؤال .

ومن أصحابنا من لم يحرم السؤال - مع القدرة على الكسب ، وحمل قول رسول الله

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) حديث : « لا تحل المسألة إلا لثلاث » رواه مسلم ، وأبو داود ، والنسائي ، والشافعي في الأم والدارقطني في سننه ، كلهم من حديث قبيصة بن مخرق رضي الله عنه (ر . مسلم : الزكاة باب من تحل له المسألة ، ح ١٠٤٤ ، أبو داود : الزكاة ، باب ما تجوز فيه المسألة ، ح ١٦٤٠ . النسائي : الزكاة باب الصدقة لمن تحمل بحمالة ح ٢٥٨٠ ، ٢٥٨١ ، وباب فضل من لا يسأل الناس شيئاً ، ح ٢٥٩٢ . الأم : ٦٢/٢ ، الدارقطني : ١١٩/٢ ، ١٢٠) وتمام الحديث « رجل تحمل حمالة ، فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله ، فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة . . . » وهذا لفظ مسلم .

صلى الله عليه وسلم على الكراهية ، والحرام هو المحذور ، والمحذور الممنوع ، والمنع ينقسم إلى الكراهية وإلى التحريم المحقق ، وكما ترد الكراهية على إرادة التحريم ، يرد التحريم على إرادة الكراهية .

هذا قولنا في حقه^(١) .

فأما إذا قدر على الكسب ، فلم يكتسب ، وعطل قريبه ، فهل له ذلك ؟ [هذا مما يجب الاهتمام به]^(٢) ، فنقول أولاً : لا يجب على الإنسان أن يكتسب لأداء الديون المستقرة في ذمته ، وهل يجب أن يكتسب لينفق على قريبه ، فعلى وجهين : أحدهما - لا يجب ذلك ، كما لا يجب لأداء الدين .

والثاني - يجب ؛ لأن النفقات من الحاجات المتواصلة ، والاكتساب على قدرها ، ولعل السبب في منع إيجاب الكسب للدين كونه مستغرقاً بالحاجات المتواصلة في غالب الأمر .

وفي وجوب الاكتساب للإنفاق على الزوجة وجهان مرتبان على الوجهين في نفقة القريب ، ولأن لا يجب الاكتساب لنفقة الزوجة أولى ؛ لأنها مشابهة للديون ، ومذهبنا الصحيح أنها تجد مخلصاً إذا أعسر الزوج بالنفقة وهذا لا يتحقق في القريب .

ي ٣٢٥ فإذا تحقق ما نعتبره في حق من يُنفق ، فكل ما يباع / في نفقة القريب فإذا ملكه القريب بنفسه ، لم يستحق النفقة معه ، وينتظم بحسب هذا أنا إذا أوجبنا الاكتساب بنفقة القريب لا نوجب النفقة للقريب الكسوب ، وإنما يجري ما قدمناه من الخلاف فيه إذا كان من له النفقة غير كسوب ، ومن فيه الكلام كسوباً .

هذا منتهى الغرض من ذلك .

١٠١٩٥- ومن الأحوال المنعطفة على ما تقدم أنا لا نوجب النفقة على البعيد مع القريب الموسر ، وسيأتي فصل في ترتيب من يستحق عليه النفقة ، وهو غمرة هذه الأصول .

(١) أي هذا قولنا في اكتسابه لحق نفسه ونفقة نفسه .

(٢) في الأصل : هذا قولنا في حقه مما يجب الاهتمام به .

ومقدار غرضنا الآن أنه إذا كان للولد أبٌ موسر وجدٌ : أبٌ أبٍ موسرٌ ، فلا شك أن النفقة على الأب ، فلو فرضت غيبة الأب ، ولم نجد مضطرباً ، ولم نستمكن من الاستقراض على الغائب ، [فالطفل]^(١) لا يلحق بمحاويج المسلمين ؛ حتى ينفق عليه من بيت المال مع حضور الجد الموسر ، بل على الجد أن ينفق ، فإن راجع القاضي حتى أذن له بالإنفاق على شرط الرجوع ، أنفق ورجع ، وإن لم يراجع القاضي مع القدرة ، وأنفق ، فهذا ما تقدم ذكره ، والمذهب أنه لا يرجع .
وإن لم يجد قاضياً ، فأنفق على قصد الرجوع ، فهل يرجع على الغائب ؟ فعلى الوجهين .

والمقصود مما ذكرناه أن الجد يلزمه القيام بهذا المهم ، ثم الكلام في الرجوع على ما قدمناه ، فإذا تمكن القاضي من التصرف والاستقراض على الغائب ، فهو ولي الطفل في غيبة الأب ، فليس له ترك النظر مع القدرة عليه .
فإن لم يجد مقرضاً ، كان كما لو لم يكن^(٢) قاضٍ ، وكذلك إن لم يتفرغ إليه ، وحاصل الكلام في هذا أن التصرف إلى القاضي ، وليس له أن يلزم الجد ، كما ليس له أن يلزم آحاد الناس ، فإن لم يكن قاضٍ ، فالجد لا يعطّل الطفل ، ثم الكلام في كيفية الرجوع على ما قدمناه .

وقد انتجرت القواعد التي أردنا تقديمها في نفقة القريب .
فَرَجَّحَ : ١٠١٩٦ - إذا كان الأب كسوباً وقلنا : يجب على الابن الموسر أن ينفق عليه - على وجه لبعض الأصحاب - فهل يجب عليه أن يعفّه إذا كان لا يستمكن من التعفف بنفسه ؟ فعلى وجهين ذكرهما العراقيون : أصحهما - أنه يجب على الابن ذلك ، فإن الإعفاف من الحقوق الواجبة ، وقد تحقق احتياج الأب إليه ، وكسبه غير وافٍ به .
والوجه الثاني - أنه لا يجب عليه أن يعفّه ؛ فإن الإعفاف إنما يجب لمن تجب له النفقة ، فإذا سقطت النفقة ، سقط الإعفاف .
وهذا ركيك لا اتجاه له .

(١) في الأصل : والطفل .

(٢) لو لم يكن : أي لو لم يوجد (كان تامّة) .

ش ٣٢٥ **فَرَجُ** : ١٠١٩٧- [كما يجب] ^(١) على الابن الإنفاق على أبيه يجب عليه الإنفاق على زوجة أبيه ، فلو كان له زوجتان ، لم يجب الإنفاق عليهما ، وذكر العراقيون وجهين / في هذا المنتهى : أحدهما - أنه يسلم نفقة زوجة إلى أبيه ، ثم إنه يفضّ عليهما ، وليس للابن أن يحتكم بتعيين واحدةٍ منهما .

والوجه الثاني - أنه لا يجب عليه الإنفاق أصلاً على واحدة من الزوجتين ؛ لأن التعيين لا وجه له ؛ إذ ليست إحداهما أولى من الأخرى ، والإنفاق عليهما غير واجب ، فإذا عسر تفصيل المذهب ، انتفى الأصل .

وهذا لا أصل له ، والعراقيون يتولّعون بأمثال هذا في كثير من المسائل .

فَصْلُهُ

يشتمل على اجتماع الأقارب أصحاب البعضية ، وهم موسرون ، ولهم قريب معسر على شرائط استحقاق النفقة ، فمن الذي يقدم بالتزام النفقة ؟ وكيف طريق التقديم لمن يلتزم ؟

١٠١٩٨- وهذا الفصل من الفصول المنعوتة ^(٢) ، وقد تقطّع مهرة الفقهاء في إيضاح المقصود منه ، ونحن نرى أن نذكر اجتماع الأولاد الموسرين ، ثم نذكر اجتماع الأصول الموسرين ، ثم نذكر اجتماع الأولاد الموسرين ، ونذكر في كل فصلٍ ما يليق به ، ونوضحه إيضاحاً لا يغادر إشكالاً وتعقيداً ، إن شاء الله عز وجل .

١٠١٩٩- فأما الكلام في الأولاد ، فالرأي ذكر طرق الأصحاب على الجملة ، ثم فضّ المسائل عليها : اختلف أئمتنا في المعنى المعتبر في التقديم ، فقال المحققون : الاعتبار بالقرب ، فمن كان أقرب من الأولاد أولى بالتزام النفقة ، حتى إذا وجد شخصان أحدهما أقرب وليس وارثاً ، والثاني أبعد ، وهو وارث ، فالنفقة على

(١) في الأصل : لا يجب .

(٢) المنعوتة : المعنى المعروفة بالصعوبة والدقة ، وقد تكرر هذا الوصف من الإمام لفصول أخرى من قبل .

الأقرب ، وذلك مثل : بنت بنت ، وبنت ابن ابن ، النفقة على بنت البنت ، ولا نذكر مسلماً آخر ما لم نستقص القول في هذا .

فإذا لاح تقديم الأقرب فلو وجد من الأحفاد شخصان مستويان في القرب ، وأحدهما وارث دون الثاني ، فهل يقدم الوارث مع الاستواء في القرب ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنا نقدم الوارث لا للإرث في صورته ، ولكن لدلالة الإرث على القرابة .

والوجه الثاني - أنا لا نعتبر الإرث أصلاً ، ولكننا نقول : إذا استويا في القرب ، فالنفقة عليهما جميعاً وإن كان أحدهما وارثاً والثاني غير وارث ، وذلك بمثابة بنت بنت وبنت ابن ، أو ابن ابن .

وينشأ من هذا التردد أصل آخر على هذه الطريقة ، وهو أنهما لو استويا في القرب ، وكانا جميعاً وارثين ، [ولكن] ^(١) حصة أحدهما من الميراث أكثر ، فالنفقة عليهما للاستواء في القرب وأصل الميراث ، ولكن نفقتهما عليهما بالسوية ، أو نفقتهما عليهما على أقدار استحقاقهما للميراث ؟ فعلى وجهين مشهورين ، وذلك مثل : ابن ، وبنت ، فهما مستويان في القرب وأصل الإرث ، ولكنهما متفاوتان في مقدار الإرث ، ففي وجه نقول : النفقة عليهما بالسوية ، وفي وجه نقول النفقة عليهما أثلاثاً ، على حسب قسمة الميراث .

هذا بيان طريقة واحدة للأصحاب تعرف باعتبار/ القرب . ٣٢٦ ي

١٠٢٠٠ - طريقة أخرى لبعض الأصحاب في اجتماع المولودين ، وهي أن الاعتبار في التقديم بالإرث ، لا بالقرب ، فإذا اجتمع اثنان بعيد وارث ، والآخر قريب غير وارث ، فالنفقة على البعيد الوارث ، مثل ابن ابن ابن وبنت بنت ، فالنفقة على ابن ابن الابن .

ولو كانا جميعاً وارثين ، ولكن أحدهما أقرب ، فهؤلاء لا يقطعون بأن النفقة

(١) في الأصل : ولكنه .

على الإرث ، وذلك مثل بنت وبنت ابن ، فالميراث ثابت لهما ، وبنت الصلب مختصة بالقرب ، فالنفقة عليها .

وينتظم من هذا أنا على الطريقة الأولى نقدم بالقرب ، وهل نرجح بالإرث مع الاستواء في القرب ؟ فعلى وجهين .

وعلى الطريقة الثانية نقدم بالإرث ، فإذا استويا في الإرث واختصاص واحد بالقرب ، رجّحنا بالقرب وجهاً واحداً .

والطريقة المرضية هي الأولى ؛ فإن الأصل القرابة في هذا الباب ، ولم يعلق الشافعي استحقاق النفقة بالقرابة المورثة ؛ إذ لو علق بها ، لأوجب النفقة بالأخوة وغيرها من القرابات المورثة . وأوجب^(١) النفقة على القريب الذي لا يرث وهو أب الأم ، وتجب النفقة مع اختلاف الدين ، وإن كان الإرث منقطعاً ، وأبو حنيفة [مع]^(٢) مجاوزته قرابة البعضية لا يعتبر الإرث أيضاً ، فإن ابن العم يرث ، ولا يلتزم النفقة .

والفقه بعد هذا الاستشهاد أن عماد الأمر البعضية الدائرة بين الأصل والفرع ، والإرث مبني على قاعدة أخرى ، فلما كان كذلك ، اتجهت الطريقة الأولى ، ولأجل ما ذكرناه اتفق الأصحاب على اعتبار القرابة ، فاعتبرها الأولون في التقديم ، واعتبرها الآخرون في الترجيح ، فهذا نراه قاعدة المذهب .

١٠٢٠١- وذكر الشيخ أبو علي وجهاً عن بعض الأصحاب ، أخرته ، ولم أمزجه بقواعد المذهب ، وأنا أذكر ما ذكره ، [وأوضح ما فيه : قال :^(٣) إذا اجتمع الابن والبنت ، فالمذهب اشتراكهما في الالتزام ، كما قدمته ، والخلاف في التسوية والتفاضل على قدر الإرث ، قال : ومن أصحابنا من قدم الابن للذكورة ، والعصوبة ، وقال : الرجال أقدر على الاكتساب ولهذا أقامهم الله قوامين على النساء .

وهذا الوجه الغريب سيأتي له نظير في اجتماع الأصول في القسم الثاني مما ذكره

(١) قوله : وأوجب النفقة على القريب الذي لا يرث... إلخ . الواو هنا ليست عاطفة ، فليس هذا الكلام واقعاً جواباً لقوله : (لو علق) وإنما هو كلام مستأنف .

(٢) مزيدة من صفوة المذهب .

(٣) عبارة الأصل : وأوضح فيه ما قال .

الأصحاب ، فليس هذا الوجه إذا عديم النظر ، ثم الذي تحصل لي منه ما يجب الثقة به ، فالقرب مقدم على الذكورة ، والوراثة مقدمة على الذكورة ، وإذا وُجد الاستواء في القرب ، وتحقق الاستواء في الوراثة ثبوتاً أو سقوطاً ، وكان واحد ذكراً ، فهل يكون أولى بالالتزام للذكورة ؟ المذهب أنه لا أثر للذكورة ، وفيه الوجه البعيد الذي حكاه الشيخ .

فهذا تمهيد طرق الأصحاب [في] ^(١) اجتماع الأولاد .

١٠٢٠٢- ولو اكتفينا بذلك ، لم يخف تخريج المسائل عليه ، ولكني أرى أن أفصّر المسائل على الطرق ؛ حتى تزداد إيضاحاً : ابن وبنت : المذهب أنهما يشتركان في الالتزام ، ثم يستويان/ أم يتفاوتان على حسب التفاوت في الإرث ؟ فعلى وجهين ، ٣٢٦ ش وفي المسألة الوجه الغريب ، وهو أن الابن يختص بالالتزام .

صورة أخرى - بنت بنت ، وابن ابن : من اعتبر الميراث أو رأى الترجيح بالذكورة ، قال : ابن الابن أولى بالالتزام ، ومن رأى التعويل على القرب ذكر وجهين : أحدهما - أنهما يستويان في الالتزام للاستواء في القرب . والثاني - أن ابن الابن أولى بالالتزام للاختصاص بالإرث .

صورة أخرى - ابن ابن ابن ، وبنت بنت : من راعى القرب ضرب النفقة على بنت البنت ، ومن راعى الإرث ضربها على ابن ابن الابن .

صورة أخرى - بنت وبنت ابن : النفقة على البنت على [الاتفاق] ^(٢) ؛ فإن من راعى القرب قدّمها ، ومن راعى الإرث رجحها بالاختصاص بالقرب .

صورة أخرى - بنت بنت ، وابن بنت : هما مستويان في القرب ، ولا ميراث لهما ، المذهب استواءهما في الالتزام ، وصاحب الوجه الغريب يقدم ابن البنت للذكورة .

وهذا القدر كافٍ ، وبه نجز الكلام في اجتماع المولودين ، ومن يُقدّم منهم .

(١) في الأصل : فمن .

(٢) غير مقروءة في الأصل ، لذهاب معظم الحروف .

١٠٢٠٣- فأما الأصول الموسرون إذا اجتمعوا ، ومستحق النفقة فرعهم ، فالوجه أن نبدأ باجتماع الأبوين أولاً ، فإذا كان للابن الفقير أب وأم موسران ، فالابن لا يخلو : إما أن يكون صغيراً وإما أن يكون بالغاً ، فإن كان صغيراً ، لم يختلف الأصحاب في أن الأب يختص بالالتزام للإنفاق عليه ، وهذا من الأصول المتفق عليها بين الأصحاب ، وفيه عضد لما أجريناه في أثناء الكلام من أن نفقة الطفل من أتباع مؤن الزوجية .

وإن كان الابن بالغاً ، فللأصحاب أوجه : منهم من قال : الأب أولى استدامةً لما مهدنا في حالة الصغر ، ومنهم من قال : النفقة مضروبة على الأب والأم ؛ فإن الأب كان مختصاً بالولاية على الصغير ، وقد استقل المولود ، وهما أبوان لو انفرد كل واحد منهما لالتزم النفقة عند انفراده .

ثم إن قلنا : النفقة عليهما ، فهي مقسومة بالسوية بينهما أم هي مفوضة عليهما ثلثاً وثلثين على قدر اشتراكهما في الميراث إذا انفردا باستحقاق التركة ؟ فعلى وجهين ، كما تقدم ذكرهما في اجتماع المولودين ، ونص الشافعي دال على أن الأب أولى بالتزام النفقة .

هذا منتهى الكلام في اجتماع الأبوين لا غير .

١٠٢٠٤- وأما اجتماع الأجداد والجندات من يرث ومن لا يرث ، فكيف السبيل فيهم ؟ ومن المقدم بالتزام منهم ؟ فنقول : مما لا يخفى - ونقدمه حتى لا يختلط بمزدحم الخلاف - أنه إذا اجتمع قريب وبعيد من جهة واحدة ، فالنفقة مضروبة على القريب لا يُتخيل [فيه]^(١) تردد ، وذلك مثل أب وأب أب . وأم ، وأم أم ، وهذا واضح مستبين عما نريد الخوض فيه .

وأما إذا فرض اجتماع جماعة من الأصول ، فنذكر طرق الأصحاب على الجملة ي ٣٢٧ فيهم ، كما ذكرناه في الأولاد/ ثم نأتي بالمسائل أمثلةً وصوراً ، ونخرجها على الطرق .

(١) في الأصل : منه .

فنقول : من أصحابنا من اعتبر القرب ، فقدم به وسوّى به ، ثم هؤلاء قالوا : لو فرض من الأصول مستويان في القرب ، واختص أحدهما بالإرث ، فهل يقدم المختص بالإرث أم لا أثر للإرث مع الاستواء في القرب ؟ فعلى وجهين ، وقد تقدم ذكرهما في الأولاد .

هذه طريقة ، وهي غير الطريقة الأولى المحكية في الأولاد ، ولو اجتمع على هذه الطريقة قريبان مستويان في القرب ، وكانا وارثين ، فالنفقة عليهما بالسوية أم هي على مقدار الإرث ؟ فعلى الوجهين المذكورين .

طريقة أخرى - من أصحابنا من قال : الأصل المعتبر في التقديم الإرث ، فلو اجتمع بعيدٌ وارثٌ وقريب ساقط ، فالنفقة على البعيد الوارث ، وإن استويا في الميراث وأحدهما أقرب ، قدم الأقرب ، وإن استويا في سقوط الميراث والقرب ، استويا في الالتزام للاستواء في القرب ، وهذا بعينه مذكور في اجتماع الأولاد .

طريقة أخرى - من أصحابنا من قال : التقديم بالولاية ، فإذا اجتمع من الأصول اثنان أو طائفة ، وكان الولي واحداً منهم ، فهو المختص بالنفقة ؛ لأن الولي يسوس المولى عليه ، ويقدم بالنظر له ، فهو من هذا الوجه قائم بتربيته ، فيليق بمنصبه أن [يختص]^(١) بالإنفاق عليه ، وهذا القائل يقول : الولي وإن كان بعيداً يلتزم النفقة .

فإن لم يكن في الأصول المجتمعين وليٌ ، تصدّى لهذا القائل الطريقان المتقدمان : اعتبار القرب أو اعتبار الوراثة ، فكأنه زاد الولاية وجعلها مقدمة على كل معتبر ، فإن لم تكن ولاية اعترض طريقان للأصحاب فأيهما رآه قال به .

١٠٢٠٥- وحكى الأصحاب عن الشيخ أبي حامد مسلماً رابعاً ننقله على وجهه ، ثم ننقح الطرق على ما ينبغي .

قال رضي الله عنه : تعتبر الذكورة والإرث في اجتماع الأصول ، وعبر عن الذكورة بالكسب ، هكذا توجد المنقولات عنه ، ثم قال : إذا وجد شخصان مثلاً في أحدهما ذكورة ووراثة ، وفي الثاني ذكورة ولا وراثة ، أو وراثة ولا ذكورة ، فمن اجتمع فيه

(١) في الأصل : يختص بالإنفاق .

المعنيان مقدم في الالتزام ، ولا يتصور أن يجتمع في كل واحد الذكورة والوراثة معاً ؛ فإن الذكورة والوراثة إنما تثبتان للأب أو الجد أب الأب ، ولا يتصور اجتماع الاثنين على هذا الوصف ، ولو اجتمع ذكر غير وارث ، وأنثى وارثة ، [فهما]^(١) مستويان ، فالنظر وراء ذلك إلى القرب ، فمن كان أقرب ، كان أولى .

وحاصل هذا المسلك يرجع إلى اعتبار معنيين ، والحكم بتعادلتهما : إذا وجد أحد المعنيين في شخص ووجد المعنى الآخر في شخص ، ثم إذا فرض التساوي إما بانتفاء المعنيين عن الجانبين ، وإما بوجود المعنيين في كل واحد من الجانبين ، وإما بوجود أحد المعنيين في أحد الجانبين ، ووجود المعنى الآخر في جانب الآخر .

وإذا فرض الاستواء على جهة من الجهات التي عددناها ، فالنظر في القرب ، فإذا فرض الاستواء في القرب ، مع الاستواء الذي صورناه ، فهذا يقتضي الاشتراك في الالتزام .

ش ٣٢٧ ولو فرض / من جانب ذكورة وإرث ، ومن جانب قرب ، فالمعنيان مقدمان على القرب ، ولو فرض من جانب ذكورة محضة ، ومن جانب قرب ، فالذكورة مقدمة ، ولو فرضت وراثة من جانب ومن جانب مزيد قرب ، فالوراثة مقدمة .
هذا حاصل هذه الطريقة .

١٠٢٠٦- ومما نبه عليه في هذا المنتهى أنا ذكرنا في اجتماع المولودين أن من أصحابنا من اعتبر القرب ، وقدم به ، ومنهم من اعتبر الإرث وقدم به ، ولم يصر أحد من الأصحاب إلى أن القرب إذا وجد في جانب والإرث مع البعد إذا وجد في جانب آخر أوجب ذلك اعتدالاً ، كما ذكر الشيخ أبو حامد أن الذكورة في جانب والإرث في جانب يُوجب اعتدالاً . والسبب فيه أن من رأى التمسك بالقرب لم يقدم عليه الوراثة ؛ فإن القرب هو الأصل ، وأما الذكورة والإرث ، فلا يبعد اعتقاد تعادلتهما .

١٠٢٠٧- طريقة أخرى - لبعض الأصحاب - ذهب طائفة إلى اعتبار الذكورة المحضة من غير ضم الإرث إليها ، وقدمها على الوراثة ، قائلاً : لو كان في جانب ذكورة ،

(١) في الأصل : منهما .

وفي جانب إرث ولا ذكورة مع الإرث ، ولا إرث مع الذكورة ، فالذكر مقدم ، وقال :
الذكورة مقدمة على القرب ، والذكر البعيد مقدم على الأنثى القريبة ، وهذا أبعد
الطرق ؛ فإن الذكورة المحضة يبعد تقديمها على الإرث .

فهذا بيان ذكر الطرق في اجتماع الأصول في معرض عقد التراجم وتمهيد
القواعد .

١٠٢٠٨- ونحن نتبع أولاً مأخذ هذه الطرق على ما ينبغي ، ثم نذكر ما انفصلت به
تصرفات الأصحاب في اجتماع الأصول عن تصرفاتهم في اجتماع المولودين ، ثم
نختتم الكلام بذكر المسائل في الأصول وتخريجها على الطرق .

١٠٢٠٩- فأما تتبع الطرق [فالقرب]^(١) لا حاجة إلى تكلف في اعتباره ، ولو قلنا :
هو أولى الطرق ، لم نكن مُبعدين ؛ فإن مدار النفقة على البعضية ، وهي من طريق
القربة أقرب من التفرّع والتشعب ، والوقوع على الجوانب من عمود النسب ، ثم يُثبت
وجوب النفقة من غير إرث ، كما تقدم تقريره .

وسرّ التقديم يؤول إلى الترجيح ، وأخرى وجوه الترجيح ما ينشأ من مأخذ
الأصل ، ثم إن ذكر ذاك مع الاستواء في القرب الترجيح بالإرث ، لم يُبعد ، فيقع
الإرث في المرتبة الثانية من القرب ؛ فإن القرب هو الأصل ، والإرث متلقًى من صفة
القرب .

وأما من اعتبر [الإرث]^(٢) ، فقد أوضحنا أنه حائد ، وقررنا ذلك في اجتماع
المولودين .

والولاية فيها على حالٍ تعلق بقيام الولي بتربية المولى عليه .
والذكورة التي ذكرناها آخرأ اعتمادها أضعف الطرق ؛ فإنه ليس في الذكورة إلا
القدرة على الكسب ، وأين يقع هذا من القرب ، ثم أين وقوعها من قوة القرب التي
تفيد الوراثة .

(١) في الأصل : بالقرب .

(٢) في الأصل : الأرض .

والشيخ أبو حامد جمع بين الذكورة والوراثة ، فاشتمل كلامه فيما نقله/ الناقلون على الأمر [المنكر]^(١) الغث الذي قدمناه ؛ فإن مساق التفريع يؤدي إلى تقديم الذكورة على القرب ، وهذا هو الغاية المحذورة عندنا ؛ فإن القرب أولى [معتبر]^(٢) والذكورة أبعد معتبر ، فمن باح بتقديم الأبعد على الأقرب ، لم يغادر من الرداءة شيئاً .

نعم ، لو قال : الوراثة لا تقدم على القرب ، والذكورة لا تقدم على القرب ، ولو اجتماعاً في شخص قدمتا على القرب ، لكان هذا قريب المأخذ ، ولكن ما صح عندنا في النقل عنه ما ذكرناه . ولا سبيل إلى أن نطوّقه ما لم يعتقده ، ونتقول عليه .

ولا أرغب أيضاً في تقديم الوراثة مع الذكورة على القرب ، حتى أرى هذا وجهاً من وجوه الاحتمال .

وإذا أردنا الاطلاع على منازل الكلام ، فالقرب يقع أولاً ، والتمسك [به]^(٣) معتصم بأفضل الطرق ، ثم يليه الوراثة ، يلي الوراثة الولاية . والذكورة ، [واعتمادها في التقديم - على ما قدمناه من الأسباب باطل . وجمع الشيخ أبي حامد بين الوراثة والذكورة كلاماً مختلطاً]^(٤) وليصرف الناظر فهمه إلى أول الكلام ، فإن اعتبرنا القرب ، لم يبعد حينئذ مع الاستواء فيه التردد في الوراثة ، فإذا فرض الاستواء في القرب والوراثة ، لم يبعد بعد الاستواء فيهما التردد في الترجيح بالوراثة ، والتردد في الوراثة والترجح بها أقرب من التردد في الترجيح بالولاية .

وإذا فرض الاجتماع في القرب والوراثة ولا يتصور الاجتماع في الولاية^(٥) ، فلو

(١) في الأصل : كلمة غير مقروءة صورتها هكذا : (المتكدة) والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) في الأصل : معتبرة .

(٣) زيادة من المحقق لاستقامة الكلام .

(٤) عبارة الأصل فيها خلل وحشو واضطراب وتكرار ، هكذا : واعتماده في التقديم على ما قدمناه من الأسباب باطل ، وجمع الشيخ أبي حامد بين الوراثة والذكورة واعتمادها في التقديم على ما قدمناه من الأسباب باطل ، وجمع الشيخ أبي حامد بين الوراثة والذكورة كلاماً مختلطاً . . . إلخ « والمثبت من حذف وترتيب ، تصرف من المحقق .

(٥) أي لا يتصور أن يجتمع أكثر من شخص كل واحد منهم وليّ ، فالولاية لا تكون إلا لواحد يجب من دونه .

انتفت الولاية ، فالترجيح بالذكورة [محتمل على حال] ^(١) وهو أبعد ما يرجح به ، وإنما يحتمل الترجيح به بعد ما قدمنا من التقديم بالأسباب التي اختلف الأصحاب فيها .

هذا تنقيح الطرق وتنزيل القول في تعاليها ، وبيان سقوط بعضها ، وبيان وضوح بعضها ، وبيان الاحتمال على البعد في بعضها .

١٠٢١٠- وما ذكرناه يُغني عن ذكر ما التزمناه من بُعد ، ولكن لا يضرّ الوفاء بالموعود ، وتقريب المآخذ على الشادي الفطن ، فنقول : استعملنا في المولودين القرب والوراثة ، والذكورة على وجه بعيد ، ولم نصادف منها ولاية فنذكر بحسبها طريقة .

وأما الجمع بين الذكورة والوراثة ، فليست أراه طريقة يُحتفل بها ، وحق الشيخ أبي حامد أن يطرد طريقته في المولودين .

١٠٢١١- وأما المسائل ، فقد قدمنا الكلام في الأب والأم ، ونحن نأتي بصورة في الأجداد والجدات : أب أب ، وأم أم : من اعتبر القرب أوجب النفقة عليهما ، وفي كيفية الفض وجهان : أحدهما - التسوية ، والثاني - اعتبار مقدار الإرث .

ومن اعتبر الإرث فضّه عليهما على حسب الإرث ، فإنه إذا اعتبر الإرث في أصل التقديم اعتبره في التفصيل .

ومن اعتبر الولاية أو الذكورة أوجب على الجد ، ولم يوجب على أم الأم شيئاً .

صورة - أب أب ، وأم - من اعتبر القرب أوجب النفقة على الأم ، ومن اعتبر الوراثة

فضّ النفقة على / أب الأب والأم على حسب الميراث بينهما ، ومن اعتبر الولاية أو ٣٢٨ ش الذكورة أوجب النفقة على الجد .

وقيل : للشافعي نصّ في أن النفقة على الجد دون الأم ، وهذا لم يصححه أئمة

المذهب نقلاً ، فإن صح ، فلا خروج له إلا على اعتبار الولاية ، وإن أحببنا عبّرنا

عنه ، وقلنا خروج النص على تنزيل الجد عند عدم الأب منزلة الأب .

(١) في الأصل : محتمله على مال .

صورة - أب أب وأب أم : من اعتبر القرب ، ولم يرجح بالإرث سوى بينهما ، ومن اعتبر القرب ، ورجح بالإرث أوجب النفقة على أب الأب ، ومن اعتبر الإرث أو الولاية قدم أب الأب .

صورة - أم أب الأب ، وأب أم الأم : من اعتبر القرب ، ورجح بالوراثة أوجب النفقة على أم أب الأب ، ومن لم يرجح بالوراثة سوى بينهما ، ومن اعتبر الذكورة قدم أب أم الأم . وهذا أحسن الطرق ، وهو مما يجب القطع ببطلانه ؛ فإن تقديم الذكورة على الوراثة لا اتجاه له .

وما^(١) عندي أن من وفق للإحاطة بما قدمناه ، لم يحتج إلى مزيد في التصوير ، والازدياد على الكفاية في البيان يجرّ الملل ، ويورث الخلل .

١٠٢١٢- ونحن نختم هذا المنتهى بشيء حقه أن يخرج عن الضوابط ، قال من اعتبر الولاية : إذا فرض شخصان ليسا وليّين ، ولكن أحدهما مُدلي بولي ، فهو مقدم ، وهذا إذا استعمل في التقديم بالغ في الخسة ، وإن استعمل في الترجيح ، كان بعيداً في مسالك الظنون ، وقد ذكر من اعتبر الذكورة الإدلاء بالذكر أيضاً ، وهذا مبلغ يكلّ عنه لسان الموبّخ^(٢) . وقد انتجز القول في اجتماع المولودين ، ثم في اجتماع الأصول .

١٠٢١٣- ونحن نذكر الآن اجتماع الأصول والمولودين ، فنقول : إذا اجتمع الأب والابن الموسران ، فللأصحاب أوجه ، والاحتمالات فيها متعارضة : منهم من قال : الأب أولى استصحاباً [لوجوب]^(٣) الإنفاق عليه في صغر المولود . وقد يتأكد هذا بتربية الأصل فرعه .

ومنهم من قال : النفقة على الابن ؛ فإن حق الإنسان على ولده أكد من حقه على

(١) وما عندي : ما هنا اسم موصول بمعنى الذي .

(٢) كذا قرأناها بصعوبة بالغة لعدم النقط ، ولعدم الوضوح . ولكنه جارٍ تماماً مع السياق والسباق .

(٣) في الأصل : بالوجوب .

والده ، وحقوقه في مال الولد أثبت ، ولذلك اختص استحقاق الإعفاف من مال ولده ، وقال المصطفى صلى الله عليه : « أنت ومالك لأبيك »^(١) .

والوجه الثالث - أن النفقة مضروبة عليهما لاستوائيهما في القرب واتصاف كل واحد منهما بالالتزام عند الانفراد ، ثم إذا ضربنا النفقة عليهما ، ففي كيفية الضرب وجهان : أحدهما - أنا نسوي بينهما ، والثاني - أنا نضرب النفقة عليهما على مقدار استحقاقهما للإرث ، وقد تقدم هذا فيما سبق .

[فلو]^(٢) كان في المسألة أم ، وابن ، فلاصحابنا طريقان : منهم من قطع بأن الابن أولى بالالتزام .

ومنهم من أجرى الابن مع الأم مجرى الابن مع الأب ، ثم يعترض في هذا القسم الذي انتهينا إليه صوراً في القرب والبعد ، فيستخرج الفطن مما مهدناه قبل اختلاف الطرق فيه .

فلو اجتمع / الأب وابن الابن ، فيعترض في ذلك ما نشير إليه : مَنْ نظر إلى ٣٢٩ الاستصحاب ، وقدم الأب ، فلا شك أنه يقدمه هاهنا ومن نظر إلى تأكد الحق على الولد ، اعترض له هاهنا اعتبار هذا التأكد في مقابلة اعتبار القرب ، فمن راعى التأكد قدمه على القرب ، ومن راعى القرب أو الاستصحاب قدم الأب .

ولو فرضنا جداً عالياً وابن دنية^(٣) ، فمن اعتبر القرب أو تأكد الحق على الولد ، قدم الابن .

(١) حديث : « أنت ومالك لأبيك » رواه أبو داود وابن ماجه وأحمد وابن حبان والطبراني في الصغير والطحاوي في شرح معاني الآثار ، والبيهقي في الكبرى (ر . أبو داود : البيوع ، باب في الرجل يأكل من مال ولده ، ح ٣٥٣٠ ، ابن ماجه : التجارات ، باب ما للرجل من مال ولده ، ح ٢٢٩١ ، ٢٢٩٢ ، أحمد : ١٧٩/٢ ، ابن حبان : ح ٤١٠ ، ٤٢٦٢ ، المعجم الصغير للطبراني : ٢٣/١ ، ٢٤ رقم ٢ ، شرح معاني الآثار : ١٥٨/٤ ، السنن الكبرى : ٤٨١/٧) . وانظر التلخيص : ٣٨٣/٣ ح ١٦٧٠ .

(٢) في الأصل : ولو .

(٣) دنية : أي قريب لاصق ، يقال هو ابن عمي دنيا ودنياً ودنياً أي قريب لاصق النسب (المعجم) .

ومن اعتبر الإرث في الطرق المقدمة ، أثبت النفقة على الجد والابن على حسب
قسمة الميراث بينهما .

ومن أثبت الولاية فالجد أولى بالولاية .

١٠٢١٤- والجملة المغنية عن التفصيل أنه ازداد في اجتماع الأصول والفروع رعاية
تأكد الحق على الولد ، وباقي وجوه الاعتبار على ما تقدم ، حرفاً حرفاً ، ومن لم يعتبر
ما مهدناه لا يزداد بتكثير التصوير إلا عَمَايَةً [وتدوخوا]^(١) .

وقد لاح أن تلك المعاني لا تختلف في هذا القسم ، بل زاد معنى آخر ، وقد نبهنا
عليه ، وكل ما ذكرناه بيان ازدحام من يلتزم النفقة ، وذكر من يُقَدَّم ويؤخر ، والذي
يسوّى بينهم .

ونحن الآن نعقد فصلاً يحوي كلاماً وجيزاً في اجتماع من يستحق النفقة مع ضيق
النفقة عن جميعهم .

فصل في

١٠٢١٥- إذا فضل عن قوت الرجل في يومه كفاية شخص مثلاً ، وازدحم عليه
الأهل ، والمولودون ، والأصول ، فإلى من يصرف ذلك المَدُّ الفاضل ؟ ما رأيته أن
الزوجة مقدّمة ، ولم أر ما يخالف هذا ، ورأيت كثيراً من الطرق عريّة عن التعرض
لهذا ، واعتل الذين قدّموا نفقة الزوجية بأن قالوا : في نفقة الزوجة رعاية معنى الكفاية
على الجملة ؛ على مقابلة احتباسها في ربة الزوجية ، وهي أثبت النفقات ؛ من جهة
أنها لا تسقط بمرور الزمن ، ولا تسقط باستغناء الزوجة ، فاقترض ما ذكرناه من التأكد
تقديمها على سائر الجهات ، وهذا فيه احتمال معترض ، لا نقل عندي فيه .

والاحتمال يتضح بتجديد العهد بأصل قدمناه في كتاب التفليس ، وهو أن النفقات
التي حَقَّت وحلّت مقدّمة على الديون ، وما دام القاضي يمهد بيع عروض المفلس ،
فنفقة المفلس ، ونفقة أهله وأقاربه مؤداة من تلك الأموال ، وإذا فرض بيعها ، فيجب

(١) في الأصل : وتدوخوا . وهو تصحيف مضلل .

توفية نفقات ذلك اليوم على مستحقها ، ويصرف الفاضل [عن] ^(١) وظائف ذلك اليوم إلى الديون ، وإنما لا ينتظر مجيء الغد ؛ فإنه غيبٌ في حقوقهم ، ونفقة الغد لا تجب في اليوم ، ووجوب الديون ناجزٌ ، وقد ذكرنا أن الإنسان لا يستكسب في ديونه ، وذكر طوائف من أئمة المذهب أنه يستكسب لينفق .

فيخرج من مجموع ما ذكرناه أن نفقة الزوجة إنما لا تسقط بمرور الزمن ، وتستقر في الذمة لما فيها من الدينية ومضاهاة أحكام العوضية ، ولهذا لم يلتفت الشافعي فيها إلى الكفاية/ ، وأجمع العلماء على وجوبها للمستغنية ، فالذي ذكره الأصحاب في ٣٢٩ ش تأكيد نفقة الزوجية ، يحقق فيها مشابهة الديون ، والنفقات المحضة المدارة على الكفاية والحاجة الحاقة أولى بالتقديم ^(٢) ، وإن فرضت حاجة في الزوجة ، فليست هي علة استحقاق نفقتها ، فلا أثر لها ، ولا وقع .

وهذا الاحتمال يتأكد بحديث أبي هريرة في الذي جاء إلى رسول الله صلى الله عليه فقال : « معي دينار فقال : أنفقه على نفسك ، فقال : معي آخر ، فقال : أنفقه على ولدك ، فقال معي آخر ، فقال : أنفقه على أهلك » وظاهر الحديث - إلى أن [يستد] ^(٣) فيه تأويل - يدل على تقديم الولد على الأهل .

فهذا منتهى الكلام في ذلك .

والذي صح النقل فيه تقديم نفقة [الزوجة] ^(٤) ، ولم أر في الطرق ما يخالف ذلك ، لا تصريحاً ولا رمزاً .

١٠٢١٦- وإذا بان ذلك ، ذكرنا بعده التفصيل في اجتماع أصحاب البعضية .

والقول الجامع فيه أن ازدحامهم ، وهم مستحقون - مقيسٌ على ازدحامهم ، وهم

(١) مضموسة في الأصل .

(٢) أولى بالتقديم بناء على الأصل الذي أشار إليه من كتاب التفليس ، حيث تقدّم النفقات الحاقة الدائرة على الكافية (نفقة القرابة) تقدّم على الديون ، ونفقة الزوجية أخص صفاتها مشابهة الديون .

(٣) في الأصل : يستمر . وهذا تصحيف جرى عليه الناسخ في كل مرة يأتي فيها لفظ (يستد) .

(٤) في الأصل : الزوج .

ملتزمون ، وقد سبق الترتيب في ازدحامهم وهم ملتزمون ، فكل من يقدم بالالتزام ، فإذا وقف موقف الآخذ ، قدم بالاستحقاق ، وإذا فرض استواء جماعة في الالتزام ، ثم قدر اجتماعهم في الطلب والاستحقاق سوي بينهم فضلاً عليهم ، كما يسوي بينهم في الالتزام .

وبين القاعدتين فرقان يختلف المذهب بينهما : أحدهما - أنا في ازدحام الملتزمين ، حكينا عن بعض الأصحاب تقديم الذكورة لأنهم أقدر على الاكتساب ، وحكينا عن البعض الترجيح بالذكورة ، وإذا فرض الازدحام في الآخذ والاستحقاق ، فالخلاف يجري على العكس مما تقدم ، حتى إذا اجتمع الأب والأم والفاضل من نفقة الإنسان مُدٌّ ، فمن أصحابنا من يقدم الأم للأنوثة والضعف ، ومنهم من يرى التسوية ، فإذا كان الكلام في الآخذ والاستحقاق ، فالأنثى عند بعض الأصحاب أولى وأحق لضعفها ، كما [أن] ^(١) الذكر أولى بالالتزام لقوته ، وقدرته على الاكتساب .

وقد يخطر للفقيه أمر في ذلك ، فيقول : إذا كان المزدحمون في الالتزام موسرين ، فلا أثر للقدرة على الاكتساب ، وإذا لم يكن لهم أموال ، فيجوز اعتبار [الذكورة] ^(٢) إذا كنا نوجب على الإنسان أن يكتسب لينفق .

هذا أحد الفرقين ، فقد جرت الأنوثة في هذا الفصل مجرى الذكورة في هذا الفصل .

والثاني - أن أصحابنا اختلفوا في ازدحام الملتزمين حيث يضرب عليهم أنا هل نعتبر أقدارهم في الميراث أم نضرب على الرؤوس ؟ والذي ذهب إليه الأكثرون في ازدحام المستحقين الآخذين أنا لا ننظر إلى الميراث ، فإن الحاجة هي المرعية هاهنا .

وليس يبعد عندنا إجراء ذلك الخلاف ؛ فإن اعتبار أخذ النفقة بأخذ الميراث قد يقرب بعض القرب .

١٠٢١٧- ومما يتصل بتمام البيان في هذا الفصل أن الآخذين إذا اجتمعوا ، وكثروا

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : الزكاة . وهو تصحيف مضلل أرهقنا كثيراً ، إلى أن ألهمنا صوابه .

واقترضت الحال/ التسوية على وفاقٍ أو على خلاف ، والفاضل مد ، ولو فُضَّ عليهم ٣٣٠ ي
لخصَّ كل واحد منهم حفنة لا تسد مسداً ولا تقع موقعاً ، فالذي أراه في ذلك أن يقرع
بينهم ، وإن كان ما يخص كل واحد يسد مسداً ، فإذا ذاك لا ينقدح إلا القسمة . والعلم
عند الله تعالى ، وقد تلتفت القضية إلى قسمة الماء على المُخْدِثين ، ولكن هذا تشابه
الألفاظ ، فليعرف [كل أصل] ^(١) على ما يليق به .

فَضْلُ

قال : « ولا تُجبر امرأة على إرضاع ولدها ، شريفةً كانت أو دنيئة ، موسرة
كانت أو فقيرة... إلى آخره » ^(٢) .

١٠٢١٨- إذا ولدت المرأة ولداً ، وكانت غير مشغلة بحق الزوج لبنونة ، فإذا
طلبت [إرضاعه] ^(٣) ، كانت أولى به على الجملة من غيرها .
ولو أراد الأب أن يضمه إلى حاضنة من الرضاع ، لم يكن له ذلك ، إذا كانت الأم
متبرعة .

ولو طلبت أجره ، وكان الأب لا يجد مُرضعةً إلا بأجرة ، وكانت الأم لا تطلب
مزيداً ، فالأم أولى ، ويتعين ضمُّ المولود إليها .
ولو كانت الأم تبغي أجرتها ، وكان الأب يجد متبرعة من المراضع ، ففي المسألة
قولان : أحدهما - أنه لا يجب عليه التزامُ الأجر وضمُّ الولد إلى [الأم] ^(٤) ؛ فإنه يتمكن
من تحصيل الرضاعة من غير احتياج إلى بذل مال .

والقول الثاني - أنه يجب عليه بذل الأجر ؛ فإنَّ تحنُّن الأم وحبَّها لا يسوغ تفويته

(١) في الأصل : « فليعرف كان أهل على ما يليق به » والمثبت من تصرف المحقق ، نرجو أن يكون
صواباً .

(٢) ر . المختصر : ٨٢ / ٥ . والمثبت من نص المختصر ، حيث العبارة غير مقروءة - في جملتها -
في الأصل .

(٣) في الأصل : طلبت لرضاعه .

(٤) في الأصل : الإمام .

على الولد ، وليس هو خفي الأثر ، والأجنبية لا تسد مسدّها في ذلك ، والقولان يجريان والأجنبية تحابي وتسامح ، والأم تطلب تمام الأجر .

ولا خلاف أن الأم لو كانت تطلب أكثر من أجر مثلها ، فلا يلزم الأب التزام الزائد ؛ إذ لا ضبط له ولا منتهى يوقف عنده ، على أنه غيبنة ، وهي غير محتملة في الشرع ، والدليل عليه أن الماء المفروض بثمن مثله يشتره المسافر ، وإن كان يباع بغيبنة ، تحوّل إلى استعمال التراب .

١٠٢١٩- ثم تولّع الأصحاب رضي الله عنهم بأمرٍ واتفقوا على إجراءاته في تفاصيل المذهب ، ونحن نذكر ما ذكره ، فنقول أولاً : إن لم نجد للولد مرضعاً سوى الأم ، تعيّن عليها الإرضاع بالأجر ، ومؤونة الإرضاع على الأب بالاتفاق ؛ فإننا قدمنا أن نفقة الصغير على الأب ، ومؤونة الإرضاع مفتتح ما يلتزمه من النفقة ، ولو لم نجد إلا أجنبية ، ألزمتها أن ترضع الولد ، إذا كان في ترك إرضاعه إشفاءً على الهلاك ، وهذا من إنقاذ الهلكى ، وهو يتعين على من يتمكن منه ، إذا كان لا يوجد غيره ، على ما سنذكر ذلك في تقاسيم فروض الكفایات في كتاب السير ، إن شاء الله .

والذي أجراه الأصحاب أن قالوا : إذا وجدنا حاضنة مرضعة أجنبية ، فلا يجب على الأم الإرضاع ، ولكن يلزمها أن ترضعه اللبن ؛ فإن الولد لا يحيا دونه ، وهو أوائل ما ينزل من اللبن .

هذا ما رأيته للأصحاب ، ولم أر له تحقيقاً عند أهل البصائر ، وكم من أم تُطلق وتموت في الطلق ، فتخلفها حاضنة في الإرضاع ويحيا المولود ، ولكن ما ذكره ش ٣٣٠ الأصحاب هو المذهب / وعليه التعويل ، وقد يغلب موت ولد المطلوقة ، وإن [احتضنه] ^(١) مرضع ، وهذا من آثار انقطاع أوائل اللبن ، والعلم عند الله تعالى .

وتمام البيان في ذلك أنا لا نشترط فيما نلزمه من ذلك القطع بهلاك المولود ، ولكن إذا ظننا هلاكه ، ووقعه في سبب يُفضي إلى الهلاك بدرجة ، فيجب السعي في دفعه ، وإذا ظهر الضرر ، وجب الدفع : فرض عين ، أو فرض كفاية ، فإن كان منع

(١) في الأصل : احتضنها .

اللبأ مضرراً ، ونعتقد أن الأمر كذلك لاتفاق الأصحاب ، فيتعين على الأم أن تسقي الولد اللبأ ، ثم لا نكلفها التبرع بذلك ، إذا كان لسقي اللبأ أجرٌ .

فانتظم من المسائل التي أرسلناها بدياً أن الأم لا يلزمها الإرضاع ، والأب يجد غيرها ، فإن طلبت ، فهي أولى إن كانت متبرعة ، وهلم جراً إلى تمام التفصيل .

وفي اللبأ ما ذكرناه ، فالمؤنة إذاً على الأب ، وحق [الاحتضان]^(١) للأم إن أرادته ، وكل هذا وهي فارغة عن رعاية حق الزوج .

١٠٢٢٠- وأما إذا كانت منكوحة فولدت ، وطلبت أن ترضع الولد ، وطلب الزوج منها الاستمتاع في أوقات همّها بالرضاع ، فالذي ذهب إليه جماهير الأصحاب أن حق الزوج مُتَّبِع ، وليس لها أن تشتغل بالإرضاع عن حقه ، وذكر صاحب التقريب وجهاً بعيداً أن لها أن ترضع الولد ، وإن كانت تنقطع عن توفية حق الزوج لزمان اشتغالها .

وهذا الوجه بعيد ، ولكن يمكن أن يقال : إنه خارج على القولين في أن الأم إذا طلبت الأجر على الإرضاع ، ووجد الأب حاضنة متبرعة أو راضية بدون أجر المثل ، فهل يجب على الأب بذل الأجر للأم ؟ فعلى ما قدمناه . فإن قلنا : لا يجب عليه تعطيل حظه من المستمتع بها إذا كان يجد مرضعاً أجنبية ، كما لا يجب عليه تعطيل ماله ، وهو يجد متبرعة ، فإن قلنا : يجب على الأب بذل المال للأم مع وجدان متبرعة ، فلا يمتنع أن يجب عليه تعطيل حظه من المستمتع ، حتى لا ينقطع عن الولد شفقتها وحدبها .

وهذا يحتاج [إلى مزيد تفصيل ، وهو إن كان ولدها من غير الزوج ، لم يجب على]^(٢) الزوج تعطيل حقه من الاستمتاع ، وإن كان الولد منه ، فعلى القولين ؛ لأنه يجب عليه القيام بمصلحة ولد نفسه ، ومن مصلحته أن تكون الأم قوامةً عليه .

فهذا نجاز الفصل ، وقد انتهى به القول في النفقات والله المحمود .

* * *

(١) في الأصل : الاختصاص . والمثبت من المحقق استرشاداً بعبارة صفوة المذهب .

(٢) ما بين المعقفين سقط من الأصل ، وزدناه من صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة : ٢٣٠ يمين .

باب أي الوالدين أحق بالولد^(١)

روى الشافعي رضي الله عنه في صدر الباب بإسناده عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه^(٢) .

١٠٢٢١- الحضانة من الأحكام التي يجب صرف الاهتمام إليها ، ويقل في العلماء من يستقل به^(٣) ، فإنه جمع إلى غموض الأطراف انتشار المسائل ، [والتفاف]^(٤) الكلام عند فرض الازدحام ، واضطراب العلماء فيما يعتبر في التقديم والتأخير ، ونحن نبعون الله وحسن توفيقه/ [نقدم]^(٥) قواعد في الحضانة ونذكرها أرسالاً ، ومتواصلة ، ثم نخوض في بيان الازدحام ، وهو غمرة الباب .

فتقول : الحضانة حفظُ الولد ، والقيامُ عليه بما يحفظه ، ويقيه ، ويستصلحه ، وأول ما نبتدىء به أن الولد الرضيع والفطيم إلى أن يبلغ سنَّ التمييز إذا دار بين الأب والأم وهي بائنة عن الزوج ، منعزلة عنه ، فالأم أولى بحق الحضانة إذا هي طلبتها ، وهذا متفق عليه بين الأصحاب .

ثم إنما تكون مستحقة للحضانة إذا استجمعت أوصافاً : أحدها- الحرية . والثاني-

(١) هذا الباب يتعلق بالحضانة ، وقد جرى الإمام على ترتيب المختصر فلم يسمه (كتاب الحضانة) ولكن جعله باباً من كتاب النفقات (برغم قوله آنفاً : « انتهى القول في النفقات » . وعلى هذا النسق جرى الإمام الرافعي في الشرح الكبير ، والنووي في الروضة ، إلا أنهما نصا على أن الباب في الحضانة . وخرج عن ذلك ابن أبي عصرون في صفوة المذهب فقال : (كتاب الحضانة) أما العز بن عبد السلام ، فجعله باباً بنفس عنوان نسخة الأصل : (باب أي الوالدين أحق بالولد) .

(٢) ر . المختصر : ٨٣/٥ . وسيأتي آنفاً مزيد تخريج للحديث .

(٣) أعاد الضمير إلى مذكر على معنى (باب الحضانة) .

(٤) في الأصل : والتفات .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

الاستقلال بالعقل . والثالث - الأمانة . والرابع - الفراغ . والخامس - الإسلام إذا كان الولد مسلماً .

أما الحرية إنما شرطناها لتتفرغ إلى الحضانة ؛ فإن الرقيقة مستوعبة المنافع ، والحضانة ضرب من الولاية ، وإن كانت المرأة تستحقها ، والرق يباين الولايات ، وأما الاستقلال ، فهو الأصل ، وكذلك الأمانة .

١٠٢٢٢- وأما الفراغ ، فالمعني به أن لا تتزوج زوجاً غير أب المولود ، فإذا نكحت ، بطل حقها من الحضانة وفاقاً ، ولو رضي الزوج بأن تحتضنه ، فلا يعود حقها لرضا الزوج باحتضانها ، كما لا يثبت حق الحضانة للرقيقة [وإن]^(١) رضي مولاه ، فلو طلقها الزوج ، نظر : فإن أبانها ، عاد حقها في الحضانة ، خلافاً لمالك^(٢) رضي الله عنه ، فإنه قال : إذا بطل حقها من الحضانة بالنكاح ، لم يعد بالإبانة ، ولا خلاف أنها لو جُنت ، ثم أفاقت ، فحقها يعود بالإفاقة .

هذا إذا طلقها الزوج طلاقاً مبيناً ، وأما إذا طلقها طلاقاً رجعيّاً ، فالمنصوص عليه للشافعي رضي الله عنه أن حقها يعود بالطلاق الرجعي ؛ فإن الرجعية تنزل عن زوجها ، وتتربص للاعتداد ، فإذا انقطع عنها شغل مستمتع الزوج ، كانت في الغرض المطلوب بمثابة البائنة .

وذهب المزني إلى أن حقها لا يعود ؛ فإن سلطان الزوج مطرد عليها : يرتجعها متى شاء ، وهي في حكم الزوجات ، فيبعد أن يعود حقها من الحضانة ، وهي بعد على حكم الزوجية ، وقد خرج ابن سريج وغيره قولاً موافقاً لمذهب المزني ، وهو منقاس حسن ، ووجهه ما ذكرناه .

ثم مما يجب التنبيه له أن البائنة لو كانت في مسكن الزوج ، وكانت تعتد فيه ، فللزواج أن يمنعها من إدخال ذلك المسكن الولد ، وكذلك لو كانت رجعية ، ولو كان اتفق النكاح في مسكن المرأة ، وكانت تعتد فيه ، فحينئذ حكم عود الحضانة على

(١) في الأصل : فإن .

(٢) ر . المدونة : ٢/٢٤٤ ، عيون المجالس : ٣/١٤٠٧ مسألة ٩٨٨ ، القوانين الفقهية : ٢٢٣ .

ما ذكرناه ، ولو كان المسكن للزوج ورضي بإدخال الولد المسكن ، فحق الولد ثابت في الحضانة ، وليس كما لو رضي بأن تحتضن الولد مع قيام الزوجية ، فإن حقها لا يقوم فإن الزوجية رُقُ ، وإذن الزوج كإذن المولى للرقيقة ، وأما ما يتعلق بالمسكن والرضا بإدخال الولد إياه ، فهذا محتمل ، وهذا كما لو كانت المرأة استعارت مسكناً ، وكانت خلية ، فأخذت/ تحتضن الولد في الدار المستعارة ، فلها حق الحضانة ، وإن كان من الممكن أن يسترد المعير العارية ، وإذا لا تتمكن من الحضانة ، فلا نظر إلى أمثال هذا ، والعلم عند الله تعالى .

١٠٢٢٣- ومما يتعلق الكلام به أن الرجعية مستحقة للنفقة ، فلو أخذت تحتضن من غير استرضاء المطلق ، وكان المسكن لها ، كما تقدم التصوير ، فالمذهب أن نفقتها لا تسقط ؛ فإنها باشتغالها بالاحتضان ليست ناشزة على زوجها ؛ فإن الناشزة هي المانعة حقاً لزوجها .

قال الشيخ أبو علي رضي الله عنه : الظاهر عندنا أن نفقتها تسقط ، كما لو كانت في صلب النكاح ، فإن الرجعية تستحق نفقة الزوجية ، فتسقط نفقتها بما يسقط به نفقة الزوجات .

وهذا عندي هفوة ؛ فإن الزوجة في غيبة الزوج لو احتضنت الولد أو أخذت تحترف على وجه لو اشتغلت بمثله في حضور الزوج وزاحمت حقه ، لكانت ناشزة ، فلست أراها ناشزة في الغيبة . نعم ، إن خرجت من مسكن النكاح في الغيبة ، فقد انسلت عن الخدر ، وفارقت رباط الزوج على خلاف ما يبغيه الرجل في الغيبة والحضور ، فذاك يؤثر .

هذا منتهى الكلام في تزوج المرأة ، وما يفرض من طريان الطلاق المبين وغير المبين .

١٠٢٢٤- وأما اشتراط إسلامها فيبَيَّن [التعليل]^(١) إذا كان الولد مسلماً تبعاً لإسلام الأب ، فإن تسليمه إليها يجرّ خبلاً على دينه ، وليس يخفى أثر المربية والمربي في حق

(١) في الأصل : فيبين التعديل .

الطفل فيما يتعلق بدينه ، وبحق قيل : التلقف في الصغر كالنقش في الحجر .

وقال أبو سعيد الإصطخري من أصحابنا : لا يشترط إسلام الأم ، واحتج على ذلك بما روي « أن أباً مسلماً وأماً كافرة تنازعا مولوداً بينهما ، ولم يكن المولود مميزاً ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بإحضاره ، وقال للأبوين : ادعوا ، وقال عليه السلام في نفسه لما دعواه : « اللهم اهده » ، فانسل الصبي إلى أبيه ^(١) ولو لم يكن للكافرة حظ ^(٢) ، لبث عليه السلام قوله في الإلحاق بالأب .

ومذهب الإصطخري لا ينطبق على مضمون الحديث ، وقد يقول : إنما نخاف على دين الطفل إذا كان مميزاً ، ولست أرى ما يقول إذا ميّز الصبي بين أمه الكافرة وأبيه المسلم ، فإن قال : « يخير » ، فقد ظهر تعريض دينه للفتنة ، وإن قال : لا يضم إلى الأم إذا ميز ، اضطرب أصله وتخطب مذهبه ، والجملة أن ما قاله ليس معتداً به ، والمذهب ما ذكرناه .

وكل ما أشرنا إليه فيه إذا لم يبلغ الولد مبلغ التمييز .

١٠٢٢٥- فإن بلغ سنّ التمييز مميّزاً وهو سبع أو ثمان ولا ضبط في هذا السن ، وقد يتقدم التمييز على السبع ، وقد يستأخر عن الثمان ، والغرض حصول التمييز ، فإذا صار الصبي مميزاً ، خيّرناه بين الأب والأم ونضمه إلى من يختار من الأبوين إذا كان كل واحد منهما أهلاً للحضانة ، ولا فرق بين أن يكون غلاماً أو جارية ، وأبو حنيفة ^(٣)

(١) حديث : « أن أباً مسلماً وأماً كافرة تنازعا ولداً . . . » الحديث . رواه أحمد ، والنسائي ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والحاكم ، والدارقطني من حديث رافع بن سنان . قال الحافظ : وفي سنده اختلاف كثير وألفاظ مختلفة (ر . المسند : ٤٤٦/٥ ، ٤٤٧ ، النسائي : الطلاق ، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد ، ح ٤٣٩٥ . أبو داود : الطلاق ، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد ح ٢٢٤٤ . ابن ماجه : الأحكام ، باب تخيير الصبي بين أبويه ، ح ٢٣٥٢ . مستدرک الحاكم : ٢٠٦/٢ ، الدارقطني : ٤٣/٤ . تلخيص الحبير ٢٠/٤ حديث رقم ١٨٥٧) .

(٢) هذا وجه الاستدلال بالحديث ، فالمعنى أنه لو لم يكن للكافرة حق في الحضانة ، لما كان التخيير .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٢٧ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٥٦/٢ مسألة ٩٧٥ ، فتح القدير ٣٦٧/٤ وما بعدها .

ي ٣٣٢ يضم الجارية إلى الأم على سن التمييز ، والغلام إلى الأب / ، ونحن لا نفصل بينهما .
واعتمد الشافعي الخبر والأثر ، فروى في صدر الباب بإسناده عن أبي هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه » ^(١) وروى عن عمر رضي الله عنه « أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه » ^(٢) ونحن إذا أطلقنا القول بتقديم الأم في الحضانة ، أو تقديم غيرها من الإناث ، أردنا بذلك القيام بالحضانة قبل بلوغ الصبي سن التمييز ، وليس هذا مما يتطرق إليه القياس ؛ فإن عبارة الصبي مستلبة ، وإنما يظهر في مسلك المعنى اعتماد عبارته فيما يتعلق [بإعرابه عن] ^(٣) حاجات نفسه ؛ إذ لا اطلاع عليها إلا من جهته ، فلا رجوع إلا إليه ، فأما الاختيار بين الأبوين ، فليس من هذا الفن ، والقياس يقتضي إدامة حق الحضانة للأم ، ولكن لا مبالاة بطرق القياس المظنون مع صحة الخبر .

ثم ليس هذا اختياراً من الصبي لازماً أو ملزماً ، فلو اختار أحد الأبوين ، ثم بدا له واختار الثاني ، رددناه إلى الثاني ، ولو عاد إلى الأول ، لتبعنا اختياره ، وليس هذا كاعتراف خشي بكونه ذكراً أو أنثى ، فإنه مؤاخذ بموجب اعترافه ، لا يقبل رجوعه عنه .

وإذا تعذرت القيافة والإلحاق بها ، فانتسب الولد إلى أحد المدعيين ، فذلك لازم ، لا سبيل إلى الرجوع عنه .

قال الأصحاب لو تردد الصبي المخير بين الأبوين تردداً كثيراً دالاً على خيل به فنتبين أنه ليس مميزاً .

(١) حديث أبي هريرة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه » . رواه الشافعي في الأم : ٨٢/٥ ، وأحمد (٢٤٦/٢) وأبو داود : الطلاق ، باب من أحق بالولد ح ٢٢٧٧ ، والترمذي : الأحكام ، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا ، ح ١٣٥٧ وقال : حسن صحيح ، وابن ماجه : الأحكام ، باب تخيير الصبي بين أبويه ح ٢٣٥١ . وانظر التلخيص ٢٣/٢ ، ٢٤ حديث رقم ١٨٥٩ .

(٢) حديث أن عمر خير غلاماً بين أبيه وأمه . رواه البيهقي في الكبرى : ١٨/٤ . وانظر التلخيص ٢٤/٢ .

(٣) في الأصل كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) .

ولو كان بالصبي خبل ، فهو مُقَرَّرٌ في حضانة الأم كحالته قبل التمييز .

وهذا فيه نظر ، فإنه لا ينكر في جبلة الصبي وإن كان على كَيْس تام وتمييز أن يقيم عند أحد الأبوين زماناً ، [ويتشوق]^(١) إلى الثاني ، وتكرّر ذلك ما أراه شاهداً على [الخبل]^(٢) والكلام عندي في أنه إذا كان يفعل ذلك ، فلا وجه إلا اتباعه على شرط أن لا يتعطل أركان الحضانة بالتردد .

ولو خيرنا المميز ، فسكت ، ولم يُحرز جواباً ، ولم يختَر واحداً من الأبوين ، فهذا أيضاً غير مستنكر من الكَيْس المميز . والظاهر عندنا أن يبقى في حضانة الأم ؛ فإن أصل الحضانة لها ، ما لم يقطعها اختياراً من المولود للأب في حالة التمييز .

ولو كان الصبي مخبلاً أو بلغ [مخبلاً ، فحضانة]^(٣) الأم دائمة ، فلو كانت الأم لا تستقل بحفظ المجنون الكبير ، فالأب حينئذ ؛ فإن الكلام فيمن يكون أولى بالحضانة مشروط بأن تُتصوّر الحضانة منه .

١٠٢٢٦- ولو بلغ الطفل عاقلاً رشيداً ، فقد استقل بنفسه ، ولم يبق عليه مراقبة إذا كان غلاماً .

وأما الجارية إن كانت بكرًا ، فظاهر المذهب أنها وإن كانت عاقلة ظاهرة الرشد ، فلا لب أن يُسكنها حيث يستصوب ، وليس لها أن تقوم بنفسها ، وتكون حيث تشاء ؛ وذلك أنها وإن استقلت لبلوغها ورشدها بسائر أحكامها ، فالأب يجبرها على النكاح ، فلتكن لهذا الوجه في ضبط الأب ، وينقطع عنها سلطان الأم .

وحكى صاحب التقريب وجهاً أن البكر إذا كانت مأمونة ظاهرة الرشد ، فلا معترض للأب عليها ، ولها أن تسكن حيث تشاء ، وهذا الوجه وإن كان غريباً/ متجهاً في ٣٣٢ ش القياس ؛ من جهة أنها [مستقلة]^(٤) بجميع أحكامها إلا النكاح ؛ فإن الأب يجبرها على النكاح بحكم الجبر ، وليس المسكن من النكاح في شيء .

(١) في الأصل : ويتشوق .

(٢) في الأصل : الخبر .

(٣) في الأصل : مختلاً بحضانة الأم .

(٤) في الأصل : مشغلة .

ثم من قال : يسكنها الأب حيث يشاء يخصص ذلك بالأب ، والجدة في معنى الأب ؛ فإنه يجبر على النكاح إجبار الأب .

فأما من عدا الأب والجدة ، فلا يملكون الاحتكام على البكر البالغة الرشيدة ، فإن نوبة الحضانة قد انتهت ، [وليس]^(١) لهم إجبارها على النكاح ، فهي بمثابة الثيب في حقوقهم .

ولا خلاف أن الثيب إذا كانت مأمونة ، فلا اعتراض للأب ولا لغيره [من]^(٢) العصابات عليها .

وإن كانت المرأة بحيث تُزَنُّ بريية^(٣) ، فللأب والجدة ، ومن سواهما من عصابات النسب أن يحضنوها في مسكنٍ سهل عليهم مراقبتها فيه ، وإنما أثبتنا لهم ذلك ، حتى لا يلحقهم العار ، وقد جوزنا لهؤلاء الاعتراض على نكاحها ، إذا زوجها بعض الأولياء [ممن]^(٤) لا يكافئها .

ولو ادعى الولي ريبة ، فإن أظهرها ، فله الاحتكام ، وإن عجز عن إظهارها ، فهذا فيه بعض النظر ، فإن الرِّيب قد تخفى حتى لا يدركها إلا من تبطن من أهل القرابة ، ولا يمتنع ألا يكلف من له حق الاعتراض أن يُظهر الريبة ، وقد يكون وجه الرأي في الإخفاء ؛ حتى لا تشاع فاحشة على المرأة .

هذا وجه من الرأي ، في الثيب والبكر في حق غير الأب والجدة . ويعترض على هذا أنه يُفْضَى إلى تملك الولي الاحتكام على المرأة المستقلة من غير حجة وإظهار موجبٍ ومقتضى ، والعلم عند الله تعالى .

(١) في الأصل : وليت .

(٢) في الأصل : في .

(٣) تُزَنُّ بريية : أي تتهم بسوء ، من قولهم : زَنَّ فلاناً زناً : اتهمه بسوء أو غيره (المعجم) . ونشير هنا إلى أن إمام الحرمين متأثر في عبارته بشعر حسان رضي الله عنه في مدح عائشة أم المؤمنين المبرأة رضي الله عنها حيث قال : « حصانٌ رزانٌ ما تُزَنُّ بريية » مما يشهد للإمام بالإحاطة بدواوين اللغة والأدب .

(٤) في الأصل : فمن .

فَرَّجُ : ١٠٢٢٧- ذكرنا أن المرأة إذا تزوجت ، بطل حقها من حضانة المولود ، وقد استثنى الأئمة من هذا الفصل أن تنكح الأم عمّ الطفل ، وقد يسهل تصوير ذلك ، وقد تنكح جد الطفل ، فقال الأصحاب : الأم إذا نكحت من له حق في الحضانة ، لم يسقط حقها من الحضانة ، وإن كان زوجها مؤخراً في استحقاق الحضانة عن الأب على ما سيأتي ترتيب ذلك من بعد ، إن شاء الله .

وذكر الشيخ أبو علي وجهاً غريباً أن حق الحضانة للأب .

توجيه الوجهين :

من قال : الحق للأب ، قال : لأنها اشتغلت بالنكاح ، فبطل حقها ، وبقي الجد والأب ، أو العم والأب ، والأب مقدّم على من هو زوجها .

[ووجهه]^(١) الوجه الثاني ، وهو الذي صار إليه معظم الأصحاب أن حقها لا يسقط من الحضانة ؛ لأنها انضمت بالزوجة إلى من له حق الحضانة ، فلا تصير مشغولة بهذا الزوج ، وهي بمثابة لو كانت خلية عن الزوجية .

والذي لا بد منه في إتمام ذلك أن المسألة مفروضة فيه إذا كان زوجها^(٢) طالباً للحضانة ، فيتحقق ما ذكرناه ، وتصير المرأة معتضدة [في معنى الحضانة]^(٣) ويزيدها النكاح إعانة .

وأما إذا كان زوجها لا يطلب الحضانة ويبغي منها التفرغ له ، والتهيؤ لحقوقه ، فهي مشغولة والحالة هذه بالزوجية ، فيستحيل أن يثبت لها حق / الحضانة والحالة ٣٣٣ ي هذه .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) نبه أن المراد (بزوجها) هنا ، هو الزوج الذي تعيش معه (عم أو جد الطفل) فلا ينصرف الذهن إلى الزوج الأول ، الذي هو أب الطفل .

(٣) في الأصل كلمة غير مقروءة (انظر صورتها) والمثبت من صفوة المذهب .

فصل في

١٠٢٢٨- قد ذكرنا أن الأم أولى بالحضانة قبل بلوغ الطفل مبلغ التمييز ، واستثنى الأئمة من هذا الفصل [ما إذا أراد الأب أن يسافر]^(١) سفر النُّقْلة ، ونحن نقول فيه :
إذا أراد الأب المسافرة والانتقال إلى بلدة أخرى ، فيبطل اختصاصُ الأم بالحضانة إذا كانت تؤثر الإقامة ، والسبب فيه أن الأب إذا انتقل إلى ناحية أخرى ، وترك الولد في حضانة الأم [فقد]^(٢) يُفْضي هذا إلى أن يندرس وينمحق نسبه ، وهذا يظهر أثره ووقعه في الحال والمآل ؛ فإن اشتهار الأنساب بالرجال ، والنسوة لازماتٌ خدورهن ، لا يظهر من تفاوضهن أنساب المولودين .

ثم الظاهر الذي مال إليه ذوو التحقيق أن هذا فيه إذا كان بين مكان الأم وبين الموضع الذي ينتقل الأب إليه مسافة إلى حد الطول ، وأقل مراتب السفر الطويل مرحلتان ، فإن كان الموضع الذي ينتقل إليه الأب دون هذه المسافة ، فليس له أن ينتزع الولد من الأم ؛ فإن النسب لا يخفى مع قرب الأب ، ووقوعه من الولد على مسافة قصيرة ؛ فإن طروق الوافدين والواردين من إحدى الناحيتين على الأخرى يُديم إشاعة النسب ، وإنما يفرض الخفاء عند طول المسافة ، ثم لا مرجع يُنتهى إليه ويتمسك به في الطول والقصر إلا ما ذكرناه .

وفي طرق بعض الأصحاب ما يدل على أن الانتقال يُثبت للأب حق انتزاع المولود وإن لم تبلغ المسافة حدَّ الطول ، وهذا قد يمكن توجيهه بانقطاع نظر الأب عن رعاية المولود ؛ فإنه إذا كان حاضراً ، وكان الولد بمرأى منه ومسمع ، فالأم كالمستنابة في الحضانة ولحاظ الأب دائم ، وهو قائم عليه بالتأديب والذِّب عند الحاجة ، وكأن الاستقلال في تربية الولد دون رجل في حكم التعطيل ، وإذا كان الرجل حاضراً ، فكأنه الأصل والأم معتضدة به ، وهي قائمةٌ بطرفٍ واحد من مصلحة المولود ، كغسله وتنقيته ووقايته من المخاوف .

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : وقد .

وهذا كله إذا كان السفر سفر نُقْلَة ، فلو هم الأب بالانتقال ، وأرادت المرأة أن تستديم الحضانة ، فانتقلت معه ، فحقها يدوم ، فإن الغرض عدم انقطاع المولود عن الوالد .

ولو كان السفر سفر تجارة أو نزهة ، فإن كان ظاهر الأمر على أنه يعود على القرب ، فلا ينتزع في هذه السفرة الولد من الأم ، ونبيي الأمر على إسراع الكرة ، والأمر كما وصفناه ، وإن طالت المسافة .

ولو كانت السفرة على حدٍّ من الطول أو الشغل فيه ثقیل لا ينتجز إلا في زمان طويل ، يفرض في مثله نسيان الأنساب ، سيّما في أصحاب الخمول ، فالذي ذهب إليه الأصحاب في الطرق طردُّ القياس في إدامة الحضانة ؛ فإن بناء السفر على إضماره الكرة ، وحق الحضانة إنما يُقَطَّع بأمرٍ ظاهر الوقع .

وكان شيخنا أبو محمد يقول : له المسافرة بالمولود إذا كان يطول أمر السفر على حدٍّ يظهر ضرره / وأثره ، والعلم عند الله .

ش ٣٣٣

فَضْلُهُ

١٠٢٢٩- إذا كان الولد مضموماً إلى الأم ، فحق على الأب ألا يكله إليها فيما يعلم أنها لا تستقل فيه برعاية مصلحة المولود ، وذلك كتأديب الطفل عند مسيس الحاجة ، وحمله إلى المكتب وردّه ، أو إلى من يعلمه الحرفة إن كانت تقتضي ذلك ؛ فإن هذه الأمور لا يتأتى من النسوة الاستقلال بها .

ولو ضمنا المولود إلى الأب عند اختيار الولد المميز للأب ، فلا يجوز قطع الأم عنه ؛ فإن ذلك [يؤذي]^(١) الصبي ويبلغ به المبلغ العظيم ، وقد قال المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم : « لا توله والدته بولدها »^(٢) .

(١) في الأصل : « يوفي » والمثبت من (صفوة المذهب) .

(٢) حديث : « لا توله والدته بولدها » رواه البيهقي : ٥ / ٨ ، وانظر كتر العمال : ١٤٠ : ٢٣ ،

فَصْلٌ

١٠٢٣٠- ألحق الفقهاء رضي الله عنهم حقَّ الحضانة بالولايات ، ولذلك قُدِّمَ القريب على البعيد ، غيرَ أنها تثبت للإناث ، بل الإناثُ بها أولى على الجملة ، كما سيتضح ذلك في التفاصيل ، والولايات في غير ذلك مختصة بالرجال ، والسبب فيه أن مقصود الولايات يليق بالرجال لتعلقه بالتصرف والتبسط ، وهذا لا يتأتى من النساء ، وحقهن أن يلزم من خدرهن ويُفَوِّضن إلى الرجال أمورهن .

وأما الحضانة ، فالنساء بمصالحها أعرف ، [ولو حاولها] ^(١) الرجل ، لأعياء أمرها ما لم يستعن بامرأة ، فانفصلت الحضانة عن الولايات ، لما ذكرناه .

واشترطنا الصفات التي ذكرناها في الحاضنة والحاضن يشهد لالتحاقها بالولاية .

ثم من قولنا في الولاية : إن القريب المستحق لها لو غاب وحضر البعيد الذي هو من أهل الولاية لولا القريب ، فالولاية لا تنتقل إلى البعيد ، بل يقوم بها السلطان - إن مست - قيام نيابة قهرية ، كما قدمنا تقرير ذلك في كتاب النكاح .

وما ذكرناه يجري في ولاية التزويج والإنكاح إذا غاب الأقرب وهو الأب ، وشهد الجدُّ أبُّ الأب ، ويمكن فرض ما ذكرناه في غير الأب والجد من العصابات ، إذا كان الكلام في ولاية التزويج .

١٠٢٣١- فأما الحضانة فإذا غاب عنها القريبُ المقدمُ لو حضر ، وشهد البعيدُ المستحق لو لم يكن القريب ، فالذي قطع به أئمة المذهب أن حق حضانة المولود يثبت للبعيد بخلاف سائر الولايات ، وفرّقوا في ذلك فرقاً واضحاً ، فقالوا : النظر في التزويج وحفظ المال يتهيأ من السلطان بنفسه أو بإقامته غيره مقام نفسه .

وأما الحضانة فمبناها على الشفقة المستحقة على إدامة النظر ؛ إذ الصبي غير المميز يحتاج في كلاءته إلى شفيق به ، وقد قلنا : لا يزوج السلطان الصغيرة ؛ لأن مبنى تزويجها على كمال الشفقة ، ويلى مالها ؛ لأنه لو خُلِّي عن النظر ، لتعطل ، ولو بُلي

(١) في الأصل : ولو حارلها .

السلطان بحضانة طفل ، لكان طريقه أن يستعين فيها بذی قرابة له إن وجد ، وليس من النظر أن یسلمه إلى أجنبي ، أو أجنبية ، وهذا الذي ذكرناه مما يجب ، وليس أمراً یوصف بالاستحباب .

وإذا كان كذلك ، فالوجه التسليم إلى القريب .

وقد أشاع الخلافون وجهاً أن القريب إذا غاب ، فحقّ النظر یتعلق / بالقاضي قياساً ٣٣٤ ی علی سائر الولايات ، ولست أحكي مثل ذلك لیلحق بالمذهب ، ولكنني أذكره لیتبين أنه لم يذكره المعتمدون ، فيقطع عن المذهب .

فصل في

قال : « وإذا اجتمعت القرابة من قبل النساء وتنازعن المولود... إلى آخره »^(١) .

١٠٢٣٢- مضمون هذا الفصل غمرة الحضانة ، وهو الذي يجب صرف الاهتمام إليه ، والله المعين .

وغرضه الجملي الكلام فيمن يكون أولى بالحضانة إذا فرض [اجتماع]^(٢) أصحاب الحقوق ، وحاصله یتعلق بنوعين : أحدهما - في ضمن التنازع في طلب الحضانة ، والنوع الثاني - في التدافع في الحضانة .

فأما النوع الأول - فيشتمل على فصول : أحدها - في اجتماع النسوة المنفردات .

والثاني - في اجتماع الرجال المنفردين .

والثالث - في اجتماع الرجال والنساء .

وقاعدة الفصل أن الحضانة ليست كوجوب النفقة ؛ فإن وجوب النفقة يختص بالبعضية ، والحضانة تتعدها لا محالة ، وهي تتعلق بالقرابة والمحرمية وفاقاً ، إلا في

(١) ر . المختصر : ٨٦/٥ .

(٢) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

الجدات الفاسدات ، وفيهن كلام سيأتي في التفصيل ، وتتعلق بالقرابة والعصوبة من غير محرمية .

والقرابة المحضة التي لا محرمية معها ، ولا عصوبة ، ولا إرث فيها كلامٌ واختلافٌ .

هذا قواعد المذهب على الجملة .

ويخرج منها أنا في وجه ظاهر نُعلّق الحضانة بالقرابة المحضة ، وإن كنا نقدم القريب على البعيد ، ومن يتمسك بقوة في القرابة على من لا يتمسك بها .

١٠٢٣٣- ونحن الآن نبتدىء بعون الله وتوفيقه القول في النسوة المتجردات إذا اجتمعن ، وتنازعن الحضانة . وللشافعي في تأسيس المذهب مسلكان نطردهما أولاً ، ثم نذكر ما نراه أولى الطرق المفضية إلى البيان .

قال الشافعي في الجديد : أولى النساء بالحضانة الأم وأمهاتها ، ما لم يتخلل بينهما ذكر ، والقربى منهن أولى من البعدى .

ثم بعدهن أمهات الأب وإن علون ، ما لم تدلين بمن لا يرث ، والقربى منهن أولى من البعدى .

فإن لم يكن ، فأمهات الجد وإن علون على الحدّ الذي ذكرناه في أمهات الأب ، ثم بعدهن أمهات أب الجد على الترتيب الذي تقدم ، والجدّة البعيدة المدلية بمحض الأمهات إلى الأب ، مقدمة على أم أب الأب ؛ فإن الدرجة إذا تقدمت على الدرجة لم يُرْعَ بين الشخص الواقع في الدرجة القريبة وبين الشخص الواقع في الدرجة البعيدة التفاوت في القرب والبعد ممن يطلب القرب منه في الأصل ، فإن الدرجة إذا قدمت قدم من فيها - وإن بعدوا - على من في الدرجة الأخرى البعيدة ، وعلى ذلك يجري أصل الميراث والعصوبة وما يتعلق بها ، ولذلك يقدم ابن ابن الأخ وإن سفل وتناهى بُعْدُهُ على العم .

ثم إن لم يكن للمولود واحدة من الجدات من قبل الأم ولا من قبل الأب ، فالرجوع بعدهن في الترتيب الجديد إلى الأخوات ، ثم هن يترتب : فالمقدمة الأخت من الأب

والأم ، وبعدها الأخت من الأب / ، وبعدها الأخت من أم .

والرجوع بعد أخوات المولود إلى خالاته ، وهن يترتبن ترتب الأخوات ، فإنهن يقعن من أم المولود موقع أخوات المولود .

وبعدهن العمات وترتيبهن كترتيب الأخوات والخالات .

هذا هو الترتيب المنقول عن الجديد .

وقال في القديم : تقدم الأم وأمهاتها المدليات بالإناث ، فإن لم يكن ، فالأخوات ، ثم الخالات ، وهن متربات كما ذكرنا في الترتيب الجديد ، وبعدهن أمهات الأب ، وبعدهن العمات .

١٠٢٣٤- وأول ما ذكره بعد نقل الترتيبين الجديد والقديم محل اتفاق النصين ومحل اختلافهما ، فالأم وأمهاتها مقدمات على من عداهن جديداً وقديماً ، والعمات مؤخرات عن الجميع في الترتيبين ، والأخوات مقدمات على الخالات في القولين .

ومحل الخلاف أن القول الجديد يقتضي تقديم أمهات الأب إذا لم يكن فاسدات على الأخوات والخالات ، وترتيب القديم يقتضي تقديم الأخوات والخالات على أمهات الأب .

هذا موضع اختلاف القولين ، وبيان الترتيبين .

١٠٢٣٥- وإذا اتضح هذا ، فالوجه أن [نذكر بعده]^(١) متمسك القول الجديد ، ومتعلق القول القديم ، ونقدم على رسم التوجيه التنبيه على ما يجب أن يكون معتبراً في هذا الباب ، فنقول : مقاصد الأبواب تناسب عللها ، وعللها تلائم مقاصدها ، ومعلوم أن المقصود من الحضانة القيام بحفظ مولود غير مستقل ، ثم الأمر في حفظه ليس مما يقبل الفترات ، فإن المولود في حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظاً من مراقب لا يسهو ولا يغفل ، لأوشك أن يهلك ، وهذا يستدعي شفقة تامة تحمل على المراقبة بالعين الكالئة .

(١) في الأصل : « نذكره بعد » .

فهذا هو المعتبر [ولا شك]^(١) [وهذا]^(٢) الأصل مع اختلاف المذاهب واحد ، وهذا [كما أنا رأينا]^(٣) اعتبار القرب في النفقة أولى المسالك .

ثم إن اتجه التدوار على هذا المعنى ، طردناه ، وإن بعدت الدرجات ودق النظر في التفاوت في الشفقة ، امتزج بالكلام اعتبار قوة القرابات ، ويثور إذ ذاك وجوه التردد .

ومن الأصول اللطيفة أن النفقة اختُصت بالبعضية ؛ إذ ليس في قطع تعلقها بالقرابة العامة ما يؤدي إلى تعطيل ، فإن لأصحاب الحاجات أموالاً معتدة من جهات ، والحضانة يعسر إقامة الأجانب والأجنبيات بها ، فحَسُنَ ألاَّ تُقَصَّرَ على جهة في القرابة ؛ فإن القريب وإن بعد أولى بالحدب من الأجنبي .

١٠٢٣٦- وإذا تمهد هذا ، فالذي اعتبره في الجديد - مأخوذاً من الشفقة - أن الأمهات أولى النساء بالشفقة ، والجندات من قبل الأب رآهن - في الجديد - لمكان الأمومة والبعضية القائمة والاستناد على عمود النسب أولى من الأخوات بالشفقة ، وهذا يبعد إنكاره في أحكام العادات ، وموجب الجبالات ، ثم صور عدم الجندات ، ولم يصادف/ على عمود النسب غيرهن ، فمال إلى الوقعات حاشية ، ورأى الأخوات مقدمات ؛ لأنهن أشفق على المولود من الخالات ، وهن أقرب ، وقرابتهن أقوى ، ثم اعتبر الخالات ، ورآهن مقدمات على العمات لإدلائهن بالأمهات ، فهن من الأمهات كأمهات الأم ، والعمات كأمهات الأب .

فهذا سبيل تعليل القول الجديد .

وأما وجه القول القديم ، فينشأ من القاعدة التي ذكرناها أيضاً ، لكنه قدم الأخوات والخالات ؛ لأنهن متصلات بقرابة الأم ، فرأى قرابة الأم أحق بالشفقة ، فاستوعب المتصلات بها ، ثم رجع بعدهن إلى أمهات الأب ، وأخر العمات عنهن ؛ فإنهن يقعن حاشية .

(١) في الأصل : ولا ننكر .

(٢) الواو زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : كما أنا إذا رأينا .

وهذا غير سديد ، أولاً في وضعه ؛ لأن اسم القرابة لا يراعى ، وإنما يراعى الشفقة ، ونحن لا نشك في أن أم الأب في الغالب أشفق على المولود من أخته وخالته ، وهذا على ظهوره قد لا ينتهي إلى القطع ، والوجه الذي يفسد القول القديم به ويخرج سلسلة النظام أنه قدم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، ولا إدلاء للأخت من الأم إلا بالأم ، فاضطرب بهذا تقديم الاتصال بجانب الأم ، ثم الأخت من الأب بنت أب المولود ، وأم الأب أم أب المولود فإدلاؤهما جميعاً بالأب ، وتقع إحداهما بالنسبة إلى المولود أصله ، وتقع الثانية بالنسبة إليه حاشية من نسبه .

فلاح بمجموع ذلك إيضاح وجه القول الجديد ، واضطراب القديم . ولما ظهر التناقض في تقديم الأخت من الأب على الأخت من [الأم]^(١) في القول القديم خرج طائفة من الأصحاب في التفرع على القديم وجهاً أن الأخت من الأم مقدمة على الأخت من الأب ، لمكان الإدلاء بالأم .

هذا أصل القولين .

١٠٢٣٧- ويتعلق باستيعاب الكلام عليهما أطراف ، ونحن نتبعها واحداً واحداً : فمن أهمها ، وهو معضلة الباب ، والمشكلة التي لا حل لها أن المزني نقل عن الشافعي في المختصر أنه لا يثبت لأم أب الأم حقاً في الحضانة^(٢) ، وكذلك لم يثبت الحضانة لكل جدة ساقطة من جانب الأب ، وهن الجدات المسميات الفاسدات ويجمعهن أن على طريق إدلائهن ذكر مدلٍ بأنثى .

وهذا وإن كان منصوباً عليه ، وهو الذي أثبتته أئمة المذهب واستمروا عليه ، وطاب لهم مأخذه ، [فهو]^(٣) في نهاية الإشكال ؛ من جهة أنها^(٤) على عمود النسب ، وهي أصل المولود ، وذلك حكم نيط بالبعضية ، فهو متعلق بهما^(٥) كاستحقاق النفقة

(١) في الأصل : من الأب .

(٢) ر . المختصر : ٨٧/٥ .

(٣) في الأصل : فهن .

(٤) أنها : أي الجدة الفاسدة .

(٥) بهما : أي البعضية والقرابة .

والعتق عند جريان الملك على الرقبة ، ورد الشهادة النافعة ، وإن نظرنا إلى سقوطهن عن استحقاق الإرث ، فالخالات ساقطات عند من لا يورث بالرحم ، ولا خلاف أنهن يستحقن الحضانة ، وإن قيل : الخالة ترث الأم فأم أبيها ترثها أيضاً ، فكان هذا بالغاً في الإشكال .

وقد حكى الشيخ أبو علي رضي الله عنه أن الجدات الفاسدات تثبت لهن الحضانة ش ٣٣٥ بعد الوارثات ، وهن في / الترتيب الجديد مقدمات على الأخوات والخالات ، وهذا متجه حسن .

وذكر بعض الأصحاب وجهاً ثالثاً أنهن مؤخرات عن كل أنثى مستحقة للحضانة ، وإذا لم نصادف سواهن ، فتثبت لهن حق الحضانة حينئذ .

فانتظم فيهن ثلاثة أوجه : أحدها - أنه لا حق لهن أصلاً ، وهذا ظاهر النص . والثاني - أنهن مؤخرات عن الجدات الوارثات مقدمات على من يترتب على الجدات ، وهذا هو القياس ، حكاه الشيخ أبو علي . والوجه الثالث - أنهن مؤخرات عن الجميع ، فإذا لم نجد أنثى حاضنة ، فلهن حق الاحتضان .

وتوجيه هذه الطرق سيأتي في أثناء الفصل - إن شاء الله - إذا تمهد ما يفتقر التوجيه إليه .

هذا أحد الأطراف .

١٠٢٣٨- ومما يتعلق بالتفريع أنا في الجديد قدمنا الأخت من الأب ؛ لأنه لم يتضح لنا تفاوت بينهما^(١) في الشفقة ، ولا حاصل لقول من يقول : إذا كانت الأم أشفق ، فالأخت من الأم أشفق ؛ فإن هذه المعاني لا تدرك بالألقاب ونظم العبارات ، فلما لم يتجه للشافعي تفاوت بينهما في الشفقة ، ورأى الأخت من الأب أقوى في قرابتها ، مزج اعتبار قوة القرابة بالأصل المستند إلى الشفقة ، وقدم الأخت من الأب ؛ فقال أئمتنا : إن اتجه هذا في أخت المولود ، لم يتجه في الخالة من الأب ، إذ لا إرث ثم ، والخالة من الأب بنت أبي الأم ، فقد ذكروا وجهين : أحدهما - أنا نقدم الخالة

(١) المراد الأخت من الأب والأخت من الأم .

من الأب على الخالة من الأم ، على قياس أخوات المولود .

والثاني - أنا نقدم الخالة من الأم على الخالة من الأب ، وقطع به الصيدلاني ؛ فإنها بنت أم الأم ، وأم الأم أصل الحضانة ، فالإدلاء بها أولى بالاعتبار ، وإذا كان ينقذ هذا التردد في الترتيب الجديد ، فهو في الترتيب القديم أوجه ؛ لأن تعويله على اعتبار قرابة الأم ، والتفصيل الذي ذكرناه منقذ في رعاية قرابة الأم .

١٠٢٣٩- ومما يتعلق بأطراف الكلام في ذلك القول في بنات الإخوة والأخوات ، وبنات الخالات والعمات . قال بعض المصنفين : بنات الإخوة والأخوات مقدمات على العمات ، والعمات مقدمات على بنات الخالات ، وبنات الخالات مقدمات على بنات العمات ، فأجرى هذا مطلقاً من غير تخصيص بالجديد أو القديم ، واعتل بأن قال : بنات الإخوة والأخوات يقدّمن ، كما يقدم بنو الإخوة على الأعمام ، والعمات مقدمات ؛ فإنهن محارم ، فكن مقدمات على بنات الأخوال والخالات ، وبنات الخالات مقدمات على بنات العمات ، كما أن الخالات مقدمات على العمات .

وهذا فيه اختلاطٌ عندنا ، كما سنصفه : أولاً كيف يطيب إثبات بنات الخالات وبنات العمات حاضنات ، مع إسقاط الجدات الفاسدات ، ولا محرمية لبنات الخالات وبنات العمات ، والمحرمية والأمومة والبعضية ثابتة للجدات الفاسدات / ؟ فمن أسقط ٣٣٦ ي الجدات الفاسدات ، لزمه قطعاً إسقاط بنات الخالات ، وبنات العمات ، وأما بنات الإخوة والأخوات ، فهن مُدليات بأصول من الذكور والإناث ، يثبت لهم حق الحضانة ، وهن على قرابة تقتضي المحرمية .

وقد تبين من ترتيب كلام الأصحاب ، بعد استثناء الجدات الفاسدات مع النص فيهن أن كل أنثى قريبة لها محرمية مع المولود ، فلها حق الحضانة ، والكلام في تقديمها وتأخيرها ، وكل [أنثى]^(١) لا محرمية بينها وبين المولود ، وكانت قريبة منه ، فلا حضانة لها ومعها أنثى محرّمة ، فإن انفردت ، فهل يثبت لها حق الحضانة ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يثبت للقرابة والشفقة المتوقعة منها . والثاني - لا يثبت ؛ لأن

(١) في الأصل : ابن .

المحرمة تناسب الاختلاط وتأثّل الظواهر والبواطن في الحفظ ، فإذا انعدمت المحرمة ، اختل هذا المعنى .

وسنذكر في ترتيب الذكور إذا انفردوا أن الذكر القريب الذي ليس عصة ، ولا محرماً ، لا شك أنه يتقدم عليه الوارث من الذكور الأقارب ، ويتقدم عليه المحرم القريب ، وإن لم نجد من الأقارب وارثاً ولا محرماً ، فهل يثبت له حق الحضانة والمولود غلام ، أو صغيرة لا ترمق بعد ، فيه طريقان : ذهب الأكثرون إلى أنه لا حق له . وأجرى مجرون فيه خلافاً في الاستحقاق ؛ فإنه على حال أولى من الأجنبي .

وإذا ضمنا الذكر الذي ليس محرماً ولا وارثاً إلى الأنثى التي ليست وارثة ولا محرماً ، انتظم فيهما ثلاثة أوجه : أحدها - أنه لا حق لهما . والثاني - أنه يثبت لكل واحد منهما الحق عند الانفراد إذا لم نجد من مقدمه عليه ، وعلى ذلك [يستد] (١) إطلاق القول بتعليق الحضانة بالقرابة . والثالث - أن الأنثى تستحق إذا انفردت ، والذكر لا يستحق ؛ لأن للأنثى أثراً في استحقاق الحضانة ، كما سيأتي شرح ذلك في اجتماع الذكور والإناث .

١٠٢٤٠ - فإذا ثبت هذا ننعطف على الاتصال به إلى توجيه الوجوه في الجدات الفاسدات ، أما إثبات الحق لهن ، فبين منقاس ، وأما إسقاطهن بالكلية ، فلا خروج له إلا على مسلك ، وهو أن الذكر الذي ليس وارثاً ، فقد نقول : لا حق له في الحضانة ، وإن كان محرماً . وأم أب الأم مدلية بأب الأم ، ونحن لا نثبت لأب الأم حقاً ، فلا نثبت للمدلية به حقاً ، ومن أثبت لها حقاً بعد أن لا يجد حاضنة مستحقة ، فهو خارج على إثبات حق الحضانة للذكر المحرم الذي ليس وارثاً ، فتكون المدلية به بمثابته .

هذا منتهى القول في اجتماع الإناث المتمحضات ، ولا ذكر معهن ، فإن قيل : هل تعتبرون القرب والبعد ؟ قلنا : نعم مع اتحاد الجهة ، فإن القربى في كل جهة تسقط البعدى من تلك الجهة ، ويعتبر تقديم الدرجة القريبة على الدرجة البعيدة ، كما ذكرنا

في أمهات الأب مع أمهات الجد ، إلى حيث يتفق الالتقاء ، وتقديمنا أخوات المولود على خالاته قد يخرج / على اعتبار القرب ، فإنهن أقرب إليه من الخالات .

ش ٣٣٦

١٠٢٤١- فأما الكلام في اجتماع الذكور المتمحضين ، فالأب أولا هم ، ثم الجد أب الأب وإن علا - ما لم يدل بآثني - أولى ، لمكان البعضية ، وقوة الولاية ، وقد مضى أن الحضانة ضرب من الولاية ، وكل ذلك إبعاد ، وأولى معتبر الشفقة ، وإن كنا نرعى معها قوة القرابة .

ثم الكلام بعد الأب وآبائه يقع في أصناف من الذكور ، وهم أقسام : منهم العصبات المحارم ، ومنهم المحارم الذين ليسوا عصبة ، ومنهم العصبات [ولا محرمية]^(١) ، ومنهم أقارب بلا محرمية ولا عصوبة .

فأما العصبات المحارم ، فمقدمون على من عداهم ، فالعصبة المحرم مقدم على من اتصف بالمحرمية دون العصوبة ، أو بالعصوبة دون المحرمية ، ثم هؤلاء الواقعون في هذا القسم يترتبون ترتيبهم في عصوبة الإرث ، ويتصل بذلك أنا نعتبر لا محالة الأقرب فالأقرب ، كما مضى ترتيب العصبات في المواريث ، فأفرد منهم المحارم ورتبهم ترتيب المواريث : فالأخ من الأب والأم ، ثم الأخ من الأب ، ثم ابن الأخ من الأب والأم ، ثم ابن الأخ من الأب ، ثم العم من الأب والأم ، ثم العم من الأب ، ولا مزيد عليهم .

فأما العصبات بلا محرمية ، فيثبت لهم حق حضانة الغلمان ، وحق حضانة [الصبيّة التي]^(٢) لا ترمق ولا تشتهي .

ثم لا ذكر من المحارم من غير عصوبة مع استحقاق الإرث إلا الأخ من الأم ، فلو فرض اجتماع ابن العم وهو عصبة غير محرم ، والأخ من الأم ، وهو محرم وارث ، وليس بعصبة ، فكيف السبيل ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : منهم من قدّم العصوبة ؛ لأنها تناسب الولايات على حال ، والحضانة ولاية ، فيجب تقديم ابن العم ، كما يجب تفويض ولاية التزويج إليه .

(١) في الأصل : فلا محرمية .

(٢) في الأصل : الصبي الذي .

ومنهم من قال : الأخ من الأم أولى ؛ لأنه أقرب وبالحرّي أن يكون أشفق ، ولعل الأظهر هذا .

ثم العصابات بلا محرمية يرتبون ترتيبهم في الميراث فيتقدم الأقرب على الأبعد منهم ، وتتقدم الدرجة على الدرجة .

وأما القريب الذي هو محرم ، وليس بوارث ، فالخال ، والعم من الأم ، وأب الأم ، وبني الأخوات ، فهم مؤخرون عن الورثة الذكور ، فإذا لم يوجد غيرهم ، فلا شك أن السلطان يؤثر تسليم المولود إليهم ، وهذا استحباب ، أو استحقاق ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه استحقاق القرابة والمحرمية . والثاني - أنه استحباب .

والخلاف وإن جرى متجهاً في الذكور الذين ليسوا ورثة ، فلا جريان له في المحارم من الإناث ، كالخالة ، والعمة ؛ لأن الأنوثة إذا انضمت إلى القرابة والمحرمية ، أكدت استحقاق الحضانة ، وهذا ينخرم بالجدة الفاسدة ، ولكن سبب خروجها إدلاؤها بذكر من القرابة غير وارث .

ي ٣٣٧ وهذا ينتقض بالخالات ؛ فإن إدلاءهن بأب الأم ، وإن كان/ لما ذكرناه في الجدات ثبات ، فمن ضرورته أن يخرج الخالة من الأب عن استحقاق الحضانة ؛ فإنه لا إدلاء لها إلا بأب الأم .

هذا منتهى الكلام في الإناث المتمحضات ، والذكور المتمحضين .

وإذا أخرجنا الخال أخرجنا ابنه ، وإن أثبتنا الخال ، فالمذهب الذي يجب قطع القول به أنه لا حق لابن الخال ؛ لاجتماع الذكورة ، وسقوط المحرمية ، وانتفاء الميراث .

وفيه شيء بعيد لا يعتد به . نعم ، في بنت الخال خلاف معروف ، وكذلك في بنات الخالات والعمات ، كما تقدم ذكره ، وذلك لمكان الأنوثة مع القرابة .

١٠٢٤٢- وأما اجتماع الذكور والإناث فنقول في مقدمة هذا الفصل : إذا تبين أن الحضانة تتلقى من مقصودها وهي القيام بحفظ المولود ، فلا شك أن النساء أقوم به وأهدى إليه ، وأصبر عليه ، وهن يلزمن البيوت ، والرجال ينشطون للتصرفات ، ومن

رام منهم القيام بحفظ مولود ، فقد لا يستقل به دون الاستعانة بامرأة ، فخرج من ذلك أن الإناث على الجملة أولى بالحضانة .

فإذا تمهد هذا فنقول : الأم وأمهاتها على الوصف المقدم مقدمات على الأب ، فالجدة العالية من قبل الأم مقدمة على الأب ، باتفاق الأصحاب ، وإذا قُدمت على الأب ، لم يخفَ تقدمها على الجد وسائر الذكور .

وأما الجدات من قبل الأب إذا اجتمعن مع الأب ، فظاهر النص الذي نقله المزمعي أن الأب مقدم عليهن . قال الشافعي : « لا يقدم على الأب إلا الأم وأمهاتها »^(١) ، فالأب إذاً على هذا مقدم ، ووجهه أن الجدات مُدليات به ، فيبعد تقدم المُدلية على أصلها .

وحكى بعض أصحابنا قولاً آخر مخرجاً أن أمهات الأب مقدمات - وإن بعدن - على الأب ، لمكان الأنوثة والأمومة والاستقلال التام بمقصود الحضانة ، ولا نظر إلى الإدلاء مع ما أشرنا إليه من المزية التي تنبني الحضانة عليها ، وهي الشفقة والتهدي ، والإناث أشفق وأهدى ، كما قدمنا .

ولو اجتمع مع الأب الأخوات والخالات ، فكيف السبيل فيه ؟

نبدأ بالأخوات ونقول : إن جرينا على الترتيب الجديد في الإناث ، فالجدات من قبل الأب مقدمات على الأخوات . فإن قدمنا الأب على الجدات ، فلأن تقدمه على الأخوات أولى ، وإن قدمنا الجدات على الأب ، فهل تقدم الأخوات على الأب ؟ فعلى ثلاثة أوجه : أحدها - أنا نقدمهن [للأنوثة]^(٢) وقوة القرابة ، كما قدمنا أمهات الأب ، وإن كن مُدليات بالأب .

والثاني - نقدم الأب عليهن ؛ لأنه أصل ، وهن فروع .

والوجه الثالث - أنه تقدم أخت الأب والأم ، وأخت الأم ، ولا تقدم أخت الأب ، لأنه لا تعلق لها إلا بالأب ، وهي فرع لا أمومة لها .

(١) ر . المختصر : ٨٧ / ٥ .

(٢) في الأصل : كالأنوثة .

فأما القول في الخالات مع الأب ، [فلسن] ^(١) مدليات بالأب ، ولكن الأخوات مقدمات عليهن ، فإن قدمنا الأب على الأخت ، قدمناه على الخالة وأولى ، وإن لم نقدم الأب على الأخت ، وقدمنا الأخت/ على الأب ، ففي الأب والخالة وجهان ، ولا ينقذ الوجه الثالث ؛ فإن الخالة من الأب ليست مدلية بهذا الأب ، وإنما إدلاؤها بأب الأم . وإن كنا ذكرنا على الجملة أن الخالة من الأب ضعيفة .

١٠٢٤٣- فإذا جمع الجامع هذه المسائل ، قال : الأب في قول يقدم على كل أنثى إلا الأم وأمهاتها ، وفي وجه يقدم [عليه] ^(٢) كل أنثى حاضنة إلا العمة ، فإنه لا خلاف في تقديم الأب عليها ، وفي وجه يقدم على الأخوات والخالات ، ولا يقدم على الجدات من قبل الأب ، وفي وجه يقدم على الأخت من الأب ، ولا يقدم على الأختين الأخريين ، وقد يجري من ترتيب الخالات على الأخوات وجه متلق لا يخفى . وقد تناهى وضوح ما أردناه ، وكل ذلك إذا جرينا على ترتيب الإناث في الجديد .

١٠٢٤٤- فإن قدمنا الأخوات والخالات على أمهات الأب في الترتيب القديم ، فإذا اجتمع الأب معهم ، انتظم الخلاف في الترتيب القديم معكوساً ؛ فإن أمهات الأب في القديم يقعن آخرأ ، فمن هذا الوجه [ينشأ] ^(٣) من الترتيب ومما يقع تنمة لذلك أنه إذا اجتمع جد عال من قبل الأم وأم الأب القريبة ، فأم الأب أولى بلا خلاف ؛ لأنها ليست مدلية بالجد العالي ، وهي مختصة بالقرب والأمومة .

والجدات من قبل الأم والأب مقدمات على كل ذكر من الأقارب ، فإذا اجتمع أخ من أب وأم ، وأم أب أو أم أب أب ، فالذي عليه التعويل ويجب القطع به أن الجدة مقدمة للأمومة ، مع أنها ليست فاسدة .

١٠٢٤٥- فأما إذا فرض اجتماع الذكر والأنثى في جوانب النسب ، فالقول الجامع أنهما إذا استويا في القرب والدرجة والإرث ، فالأنثى أولى : كالأخ والأخت ، ولو

(١) في الأصل : فليس .

(٢) في الأصل : عليها .

(٣) في الأصل : (سا) هكذا بدون نقط .

كان الذكر قريباً والأنثى بعيدة ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن الذكر أولى نعني الذكر الذي هو من أهل الحضانة .

والثاني - أن الأنثى أولى ، نعني الأنثى التي هي من أهل الحضانة لو انفردت .

وإذا فرض ذكر من درجة قريبة ، وأنثى من درجة بعيدة ، فالوجهان جاريان ، كالأخ والخالة ، ولو روجعنا في [خاتمة] ^(١) الكلام في ذكور أرحام ليسوا ورثة ، وهم أصحاب محرمية ، كالخال والعم من الأم ، فالوجه أن نقول : نقدرهم إنثاءً ، ونقدم منهم من كنا نقدمه لو كان أنثى .

وكل ذلك في نوع واحد : وهو أن يتنازع المجتمعون في الحضانة ، والمعني بالحضانة في جميع ما ذكرناه حفظ الولد قبل التمييز . وفيه مجرى تقديمنا وتأخيرنا .

١٠٢٤٦- فأما إذا ظهر تمييز المولود ، فقد مهدنا في أصل الباب أنه يتخير بين الأم والأب ، مع القطع بأن الأم مقدمة على الأب في حفظ المولود قبل التمييز .

فلو فرض عم وأم ، وقد ظهر تمييز المولود ، فهل نخيره بين الأم وبين العم ، أو الأخ ، وكل ذكر يقع حاشية ؟ في المسألة وجهان : أظهرهما - أنا نخيره ، وإن كانت الأم مقدمة في أصل / الحضانة قبل التمييز ، كما خيرناه بين الأب والأم ، واستدل ٣٣٨ ي الشافعي في صدر الباب بما رَوَى عن عمارة الجرمي « أنه قال : خيرني عليّ بين عمي وأمي ، ثم قال لأخ لي أصغر مني : وهذا لو بلغ خيّرته » ^(٢) . وقال في الحديث : وكنت ابن سبع أو ثمان .

والوجه الثاني ذكره الشيخ والعراقيون - أنا لا نخيره ، ويجعل كأن الأم منفردة ؛ فإن التخيير بين الوالدين قد يَقْرُبُ ، [فأما الأم] ^(٣) - وهي الأصل - والعم ، فيبعد التخيير بينهما . وأصل التخيير مأخوذ من الخبر ، وحديث الرسول صلى الله عليه في التخيير بين الأبوين .

(١) غير واضحة بالأصل ، وهكذا قدرناها على ضوء ما بقي من أطراف الحروف .

(٢) حديث عمارة الجرمي « خيرني عليّ بين عمي وأمي . . . » الحديث . رواه الشافعي في الأم (٩٢ / ٥) . وانظر التلخيص : ٢٤ / ٤ ح ١٨٦١ .

(٣) في الأصل : فأما الأم .

وإذا قدمنا الأب على الأخت ، أو على الخالة ، على الترتيب المقدم ، فإذا ظهر تمييز المولود ، ففي تخييره بين الأب والأخت من الخلاف ما في تخييره بين الأم والأخ^(١) .

وقد نجز الكلام في نوع واحد وهو التنازع في الحضانة .

١٠٢٤٧- فأما النوع الثاني وهو الكلام في التدافع ، فإذا اجتمعت النسوة أو الرجال الذكور ، أو الرجال والنساء ، والحاجة ماسة إلى حضانة الطفل ، فإذا امتنع عن القيام بها من جعلناه أهلاً لها ، فهذا ينحو نحو النفقة ، فكل من يجب عليه النفقة يجب عليه القيام بالحضانة ؛ فإنها من المؤن المتعلقة بالكفاية ، وعلى الأب نفقة المولود الصغير ، فإذا تردد المولود بين الأب وبين الأم ، وأبت الأم أن تحتضنه ، فعلى الأب الاحتضان لما ذكرناه من أن إيجاب ذلك يتبع إيجاب النفقة .

فانتظم منه أن الأم ، إذا طلبت الحضانة مع الأب ، قُدمت ، وإن أبت ، [وجب]^(٢) على الأب القيام بها ، وإن لم يكن أب ، على الأم حينئذ القيام بالحضانة على الترتيب المقدم في النفقات ، وازدحام من يلتزمها .

ويخرج منه أن أب الأم لو طلب الحضانة ، لم يُجب إليها ، وإذا احتاج الطفل إلى الحضانة ولم تطلبها الأم ، فهي واجبة ، على أب الأم ؛ لأن النفقة تجب على أب الأم بحكم البعضية ، ومؤونة الرضاع والحضانة جزء من النفقة .

ويخرج من ذلك أن العم والأخ ، والذين يقعون على حاشية النسب لا يلزمهم الحضانة ، كما لا يلزمهم النفقة ؛ [فإننا]^(٣) أوضحنا أن وجوب الحضانة يتبع وجوب النفقة ولم نستثن منه شيئاً ، وقد تبين فيما تقدم من يجب عليه النفقة ومن لا يجب عليه ، وقد أبنا حكم وجوب الحضانة في الطرد والعكس .

١٠٢٤٨- ولو طلبت الأم الحضانة ، وطلبت أجراً عليها ، فهو بمثابة طلبها الأجر

(١) كذا في الأصل ، وفي صفوة المذهب ، ولعل الصواب : ما في تخييره بين الأم والعم .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : وإذا أوضحنا .

على الإرضاع ، ولكن إذا كان يتأتى من الوالد أن يتولى الحضانة بنفسه ، ولا حاجة إلى الإرضاع ، [فيمكنه من تولي الحضانة ، وهل ينزل منزلة وجدانه متبرعة^(١)] بالإرضاع والأم تطلب الأجرة على الإرضاع ؟ فيه تردد بين الأصحاب : يجوز أن يقال : إنما نُجري القولين في تقديم/ الأم مع أنها تطلب الأجر في الإرضاع ، أما ^{٣٣٨}ش الحضانة ، فهي منها ومن غيرها على وتيرة واحدة ، ويجوز أن تجعل الحضانة تابعة للإرضاع ، حتى نجري القولين في أن الأم هل تكون أولى بها أم لا ؟ ثم تعب الرجل في حضانة الولد هل يكون كوجدان حاضنة بأجر ، أم يكون كوجدان متبرعة حتى يجري الترتيب المقدم ؟ هذا فيه احتمال ، ولعل الظاهر أن ما يناله من التعب بمثابة الأجرة التي تطلبها الأجنبية ، ولا يكون هذا كوجدان متبرعة ، والعلم عند الله .

فَيَحْجُ : ١٠٢٤٩ - قد ذكرنا أن الجدة أم الأم أولى بالحضانة من الأب ، فلو فرضنا أباً ، وأماً ، وأم أم ، ثم جنت الأم أو فسقت ، فولاية الحضانة تنتقل لا محالة إلى الجدة ، ثم إن أفاقت الأم أو رجعت عن فسقها ، عادت ولايتها في الحضانة ، ولو تزوجت الأم ، انتقلت الولاية إلى الجدة أيضاً ؛ فإن موضع النكاح على التعبد ، ثم إذا طُلقت ، عاد حقها .

ولو امتنعت الأم عن الحضانة ، فالامتناع منها أولاً بمثابة عَضْل الولي الأقرب عن التزويج ، ولو عَضْل الولي القريب ، لم تنتقل الولاية إلى البعيد ، بخلاف الأسباب القاطعة للولاية ، فإنه مهما^(٢) أراد أن يزوج زوج ، وإنما السبب [البات]^(٣) للولاية هو الذي يبطل خيرة الولي .

فإذا امتنعت المرأة عن الحضانة ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : حق الحضانة في حالة امتناعها للجدة ؛ فإن الحضانة لا تقبل التأخير ، وهذا بمثابة مصيرنا إلى أن القريب إذا غاب ، فحق الحضانة للبعيد ، ولا ينتقل إلى السلطان ، فليكن امتناع الأم بمثابة غيبتها .

(١) عبارة الأصل : « فيمكنه من تولي الحضانة هل نزل منزلة وجدانه متبرعة » .

(٢) مهما : بمعنى إذا .

(٣) في الأصل : الثاني .

ومنهم من قال : الحق للأب إذا امتنعت الأم ، وذلك أن الجدة إنما تتولى الحضانة إذا بطل حق الأم ، وهي وإن كانت ممتنعة ، فحقها قائم متى تشاء ، والأب في القيام بالحضانة بمثابة السلطان في القيام بولاية التزويج عند [عضل]^(١) القريب ؛ إذ سلطان القاضي عام ، وسلطان الأب في المال والبدن والحضانة عام ، غير أن الأم اختصت بالحضانة ، فإذا امتنعت ، قام الأب مقامها .

والأقيس عندي الوجه الأول ، وهذا الوجه الأخير ذكره الصيدلاني ، وقطع به وأجرى الشيخ أبو علي الوجهين .

فَضْلُكَ

قال الشافعي رضي الله عنه : « ولا حق لمن لم يكمل في الحرية . . . إلى آخره »^(٢) .

١٠٢٥٠- قد ذكرنا أن الرقيقة لا حضانة لها ، وكذلك الرقيق ، ومن بعضه حر وبعضه رقيق ، فلا حق له في الحضانة أيضاً ؛ فإن الجزء الرقيق يمنعه عن الاستقلال ، والحضانة تقتضي الاستقلال ، فكانت ولاية ، أو كالولاية ، وكما لا يلي الرقيق لا يلي من لم يكمل فيه الحرية .

ويعترض من الناظر طلبُ الكلام في أنه هل يجب عليه النفقة للقريب ؟ أما نفقة ي ٣٣٩ الزوجة ، فتجب / ، والكلام في أنا نوجب نفقة المعسرين ، أم نبعض إذا كان موسراً ببعضه الحر ، فنوجب قسطاً من نفقة الموسرين ، وقسطاً من نفقة المعسرين ؟ فيه خلافُ المزماني ، وتردّدُ الأصحاب ، فإذا رددنا النظر إلى نفقة الأقارب وهو موسر ببعضه الحر - وليس إخراج النفقة من قبيل الولايات ، بل هو من الغرامات - فلا يبعد أن نوجب قسطاً من نفقة القريب على مقابلة الجزء الحر منه ، ونُسقط من النفقة المقدار الذي يناسب الجزء الرقيق منه ، وهذا يظهر إذا وزعنا نفقة الزوجية في اليسار والإعسار على جزأيه .

(١) في الأصل : عقل .

(٢) ر . المختصر : ٨٦/٥ .

ويجوز أن يقال : يجب عليه أن يخرج تمام نفقة قريبه لتحقيق يساره ، كما لو ملك مالا وطائفة من البنين ، فإن من [يُسقط]^(١) يوجب عليه أنصاف نفقات ، فإذا لم يَبْعُد إيجابُ نصفي نفقتي ابنين ، لم يبعد إيجاب نفقة تامة لابن^(٢) .

ويجوز أن يقال : كل شخص متميز عن غيره ، فليقع إنفاقه عليه على قدر إنفاقه على نفسه ، ومعلوم أنه إنما ينفق على نفسه بقدر ما فيه من الحرية .

وقد عنّ لي أن أجمع أحكام من بعضه حر وبعضه رقيق في كتاب العتق ، وأجمع فيه كل ما بدّده الأصحاب في الكتب ، والله ولي التوفيق ، وهو بإسعاف راجيه حقيق .

ولو نكح حرّ أمة نكاح غرور ، فولده منها حرّ ، ولا حضانة للأم ؛ فإنها رقيقة ، ولو كان على علم برّقها ، فالولد رقيق ، ولا حق للأب في الحضانة ؛ فإن المالك أولى به ، وحق الملك يتقدم على حق القرابة .

ولو فرضنا [ولداً بعضه حر وبعضه رقيق]^(٣) فحق الحضانة في القدر الرقيق لمالكه ، وحق الحضانة في الجزء الحر منه للأم إن كانت الأم حرة ، أو للأب إن كانت رقيقة ، فإن اتسق بين المالك وبين من له حق الحضانة مهياة في الحضانة ، جاز ، وإن اتفق التراضي على أن ينفرد أحدهما ، ساغ ، وإن امتنعا من المهياة ولم يتراضيا ، فالسلطان ينصب حاضنةً ، ويوجب مؤنتها على من يجب عليه النفقة .

* * *

(١) في الأصل : يقسط ، والمثبت من صفوة المذهب ، والمعنى من يسقط من النفقة بمقدار جزئه الرقيق .

(٢) المعنى أنه إذا يملك مالا بنصفه الحر وعنده طائفة من البنين ، فيجب عليه - عند من يُسقط - أن يعطي نصف نفقة لكل واحد من البنين ، فإذا وجب عليه عدة أنصاف نفقة ألا يجوز أن يقال : يجب عليه نفقة كاملة إذا كان عنده ابن واحد ، وهي لا تزيد على إيجاب أنصاف نفقات . لهذا وجه هذا الجواز .

(٣) عبارة الأصل : ولو أبعضه حر وبعضه رقيق .

باب نفقة المماليك

١٠٢٥١- نفقة المماليك واجبة على السادة إذا لم يستقلّوا بالكتابة ، والأصل فيها ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال : « وللملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل إلا ما يُطيق » وتمام الحديث ما روي أن أبا ذرٍ رُئي بالربذة وعليه حُلّة ، وعليّ غلامه حُلّة ، فقيل له : أكسوت غلامك مما تلبس ، فقال : إني ساببت غلاماً لي ، فرفعت يدي لأضربه ، فلم يَفْجَأني إلا رجل أخذ بيدي ، فالتفت ، فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده ، فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا يكلفه من العمل إلا ما يطيق »^(١) .

واتفق العلماء على إيجاب النفقة للمملوك على المولى ، ثم تلك النفقة كفاية ،
ش ٣٣٩ وليست مقدرة ، كما ذكرتها/ في نفقة القريب وفسرتُ الكفاية .

ثم وجب عليه أن يكسوَ عبده . ثم اختلف أصحابنا في أن الكُسوة هل تختلف في جنسها باختلاف أقدار المماليك ؟ فمنهم من قال : نعم ، يختلف جنسها باختلافهم ، فكُسوة العبد الخسيس المستخدم في سياسة الدواب دون كُسوة العبد النفيس .
ومن أصحابنا من قال : لا فرق بينهم ، وتفاوتهم في قيمهم لا يوجب تفاوتهم في الكُسوة .

ومنهم من فرّق بين الجوّاري والعبيد ، وقال : العبيد يجوز التسوية بينهم ، وأما

(١) حديث أبي ذرٍ متفق عليه (البخاري : العتق ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم : العبيد إخوانكم ، فأطعموهم مما تأكلون ، ح ٢٥٤٥ . مسلم : الأيمان ، باب إطعام المملوك مما يأكل ، وإلباسه مما يلبس ، ولا يكلفه ما يغلبه ، ح ١٦٦١) .

الجواري اللواتي يكنّ بمحلّ التسرّي يجب^(١) التفاوت بينهن .

هذا كلام الأصحاب ، وتمام البيان فيه عندنا أن اللباس الذي يكسوه عبده يجب ألا يكون مُضراً به ، كالثوب الخشن الذي تتأثر البشرة به ، ولا يشترط أن يكون مفيداً بدنه تنعماً وترفعاً ، والعبد لو اقتصر مولاه على إزارٍ يستر ما يجب ستره منه ، وكان لا يتأذى في بدنه من مصادمة الهواء والحرّ والبرد ، فليست أرى جواز الاقتصار على هذا ؛ فإن هذا إهانة وإذلالٌ على حدٍّ بين لا يعتاده أحد من طبقات الخلق ، وإن فعله فاعل ، تطرقت إليه المطاعن وتوجّه عليه التوبيخ .

والذي اختلف الأصحاب فيه هو أن يكسو عبداً كسوة قد يجري مثلها من مقتصد ، أو ممن يُعرف من التقدير والتشوف إلى الشح ، فهذا مما تردد فيه الأصحاب .

١٠٢٥٢- ثم ذكر الشافعي رضي الله عنه حديثاً عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وتصرف فيه ، وهو قوله عليه السلام : « إذا كفى أحدكم خادمه طعامه ، حرّه ودخانه ، فليجلسه معه ، فإن أبى فليروغ^(٢) له لقمة وليناولها إياه^(٣) » وروي أن رسول الله صلى الله عليه قال في المماليك : « إخوانكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن ملك مملوكاً ، فليطعمه مما يطعم وليلبسه مما يلبس ، ولا يكلفه من العمل إلا ما يطيق » وظاهر هذا الحديث يدل على أنه يجب على السيد أن يسوّي بين نفسه وبين عبده في الملبس والمطعم .

قال الشافعي : هذا الحديث [قاله]^(٤) رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأعراب

-
- (١) يجب التفاوت : جواب (أما) بدون الفاء .
 (٢) يروغ له لقمة : أي يطعمه لقمة مشربة من دسم الطعام (النهاية في غريب الحديث) .
 (٣) حديث : « إذا كفى أحدكم خادمه طعامه : حرّه ودخانه . . . » الحديث . رواه الشافعي بهذا اللفظ (الأم : ١٠١/٥) ، والبيهقي (٨/٨) وصحح الحافظ إسناده . والحديث متفق عليه بألفاظ أخرى مقاربة (البخاري : العتق ، باب إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه ، ح ٢٥٥٧ . مسلم : الأيمان ، باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ، ولا يكلفه ما يغلبه ، ح ١٦٦٣) . وانظر تلخيص الحبير : ٢٥/٤ ح ١٨٦٠ .
 (٤) في الأصل : قال .

أصحاب البوادي ولباسهم خشن ، وطعامهم [خشن]^(١) ولو فرض حط العبيد عن ملابسهم ومطاعمهم انتهى الأمر إلى الضرر ، وقد ذكرنا أن الإضرار بالمملوك غير سائغ .

وأما الحاضرة وأصحاب النعمة والترّف ، فمن ملابسهم الخُرُوز الفائقة ، ورقيق الكتان والحرائر ، فيلبسن نفائس الديباج ، فلا نكلف هذه الطبقة أن يلبسوا عبيدهم من جنس ما يلبسون^(٢) .

وكذلك قد يعتاد هؤلاء أطايب الأطعمة [وصدور الدجاج]^(٣) ونفائس الحلوات [فلا نكلفهم]^(٤) أن يُطعموا عبيدهم من هذه الأجناس .

ثم أخذ رضي الله عنه في الكلام على الحديث^(٥) المشتمل على [إجلال]^(٦) ي ٣٤٠ العبد وإطعامه لقمة مُروّغة ، وقد روينا الحديث ، ومعناه مفهوم ، قال الشافعي/ رضي الله عنه : وهذا أولاً مخصوص بالذي يتولى إصلاح الطعام ويُصادمُ حرَّ النار ودخانها ، فإذا هبأ الطعام ، فمقتضى الحديث الأمرُ بإجلالهِ ليأكل مع المولى ، وفيه أن تروّغ لقمة وتسليمها إليه يُغني عن إجلالهِ ، ثم تردد ، فقال : يجوز أن يكون الأمر محمولاً على الوجوب ويجوز أن يكون استحباباً محمولاً على مكارم الأخلاق .

وإذا كانت القاعدة على الكفاية ، ودفع الضرر ، واجتناب الإهانة ، فما يجريه الشارع زائداً على هذا فيظهر أن الغرض الحثُّ على وطأة الخلق والاستكانة ، واجتناب استعلاء الملاك .

ثم ذكر رضي الله عنه على تقدير حمل الأمر على الوجوب شيئين : أحدهما - أن الواجب أن يخصص بلقمة ، هذا القدر هو المحتوم ، وإن أجلسه ، فهو أفضل ،

(١) غير مقروءة في الأصل .

(٢) كذا بنون النسوة ، ولا يعجز من تعاطى علم النحو عن تقدير وتخريج .

(٣) في الأصل : وصدور الترجح (انظر صورتها) والمثبت من صفوة المذهب .

(٤) في الأصل : ولا نكلفهم .

(٥) ر . المختصر : ٨٩/٥ ، ٩٠ .

(٦) في الأصل : أجناس .

ويحتمل أن يكون الواجب أحدهما أو أيهما أقدم عليه أدى الواجب به .

فينتظم إذا أردنا الجمع ثلاثة أقوال .

ثم اللقمة ينبغي أن تكون تامة مشبعة مروّعة بحيث تسدّ مسداً وتحطّ قرماً ونهماً ، فإنها إن صغرت هاجت الشهوة وصار العبد بذوقه أشدّ حالاً ممن لا يتعاطى من الطعام شيئاً .

فَصْلٌ

قال : « وليس له أن يسترضع الأمة غير ولدها . . . إلى آخره »^(١) .

١٠٢٥٣- إذا أتت أمة الإنسان بولد مملوك ، فليس للسيد أن يحولَ بينها وبين ولدها ، وليس له أن يكلفها إرضاع ولدٍ آخر ؛ فإن ذلك يضر بالولد [ويكدر]^(٢) قلب الأم ، [ويُفضي إلى الوله]^(٣) الذي نهى الرسول صلى الله عليه عن التسبب إليه ، وقد ذكرنا أن الزوج لا يفرق بين الولد وأمه ، غير أننا ذكرنا أنه إذا كان ينبغي الاستمتاع بها في أوقات الرضاع ، وعسر الجمع بين توفية الاستمتاع وإدمان الرضاع ، فللزوج أن يضم الولد إلى مرضع ، والأم لا تُمنع منه في الفترات والغفلات .

هذا ظاهر المذهب .

وحكىنا فيه وجهاً آخر .

ولو كان السيد ينبغي الاستمتاع بالأمة ، وذاك كان يعطل إرضاعها ، كما صورناه في الزوجة ، فالذي أراه أنها تنزل والحالة هذه منزلة الزوجة ، فإن خطر لمن لا يغوصُ فرقاً بأن الاستمتاع ليس مقصوداً من الأمة ، فليس هذا أوان هذا الكلام ؛ فإن حق

(١) ر . المختصر : ٩١/٥ .

(٢) في الأصل : ويكدّ .

(٣) في الأصل : ويفضي إلى الولد .

وهو يشير إلى حديث الرسول صلى الله عليه : « لا تولّه والدّة بولدها » والوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد .

السيد في الاستمتاع بها كامل ، لا سبيل إلى دفعه ، فإن كان لا يستمتع ، فليس له أن يمنعها من إرضاعه ، ويخرج فيها عند قصد الاستمتاع الوجه الذي حكيناه في الزوجة .

١٠٢٥٤- ثم قال الأئمة : للأم الحرة حق متأكد في الولد الحر لا يثبت مثله في الأمة ؛ فإن الأب لو أراد فطام الولد قبل الحولين ، لم يكن له ذلك دون رضا الأم ، ولو أرادت الأم أن تפטّمه ، لم يكن لها ذلك دون رضا الأب ، فإن توافقا على الفطام قبل الحولين ، وكان لا يضر الفطام بالولد في غلبة الظن ، فحينئذ يجوز .

هكذا قال الأصحاب ، وتمسكوا فيه بظاهر قوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] وظاهر الآية أن الأم إذا أرادت استكمال الرضاع حولين بنفسها ، أو بإرضاع ظئر ، فليس للأب الفطام ، وعليه مؤونة الرضاع إلى انقضاء الحولين .

ش ٣٤٠ وعندي/ أن هذا وما قاله الأصحاب فيه إذا كان الرضاع ينفع المولود ، وفطّمه قد يؤثر في إنهاكه ، وإن كان يغلب على الظن سلامته ، فلا بد من رضا الوالدين ، وإن كان بحيث لا ينهكه الفطام ، وقد صار الصبي مضرباً عن الرضاع لاهياً ، فليس يبعد أن يقال : للأب ألا يلتزم المؤونة والحالة هذه .

وفي القلب من الصورة الأولى شيء إذا كان يجوز لأحد الأبوين لو انفرد أن يפטّم ، ويجوز لهما أن يפטّما ، فليس يبعد حمل ما ذكرناه على الأولى ، حتى يكون صدر الفطام عن شفيقين ، فهذا ما يظهر عندي ، ولكن ما رأيته للأصحاب ذاك الذي قدمته .

وإن كان الولد يتضرر بالفطام .

ثم قال من ربط الفطام دون الحولين برضا الأم : لا يُربط الفطام برضا الأمّة الوالدة ؛ فإنه لا حق لها في طلب حق المولود ، وطلب حق المولود طرف من الولاية ، وقد ذكرنا أن للأم أن تطلب نفقة المولود ، ولها أن تستقرض على الأب ، وهذا ممتنع مستحيل من الأم الرقيقة .

ثم ذكر الشافعي أنه كما يجب على السيد الإنفاق على أمّ ولده يجب عليه الإنفاق

على أولادها من السفاح ، والنكاح ؛ فإن ملكه فيهم بمثابة ملكه في الأم ، كما سيأتي في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

١٠٢٥٥- ثم قال : « ويمنعه الإمام أن يضرب على أمته خراجاً إلا أن تكون في عمل واجب »^(١) .

ضربُ الخراج على المملوك حقيقةً استكسابه ، وللسيد أن يستكسب عبده على شرط ألا يكلفه من العمل ما لا يُطيق ، فإن وظف عليه مقداراً كل يوم ، لم يكن لذلك التوظيف حكم ، وليس ضرب الخراج معاملةً توصف بالجواز واللزوم ، ولكن على العبد ألا يألو جهداً ، والمقدرات الموظفة على أقدار الاستمكان ، وإنما ذكر الشافعي المخارجة لاعتیاد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، حتى قيل : كان للزبير ألف عبد يؤدون الأخرجة ، وكان يصرف إلى كفايتهم قدر الحاجة ، ويتصدق بالباقي ، لا يتأثّل منها درهماً ، ولا ينفق على خاصته درهماً .

ثم إن جرت المواضعة على أن ينفق العبد مما يكتسب ، فعل ذلك إن وفّى كسبه ، وإن لم يتفق في بعض الأيام أو في أيام كسب ، فنفقته دارة . وبالجمله لا تغیر المخارجة حكماً ، ولا تلزم العبد إلا بذل المجهود في الكسب . قال أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه : « لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق ، والجارية غير الصنعة فتكتسب بفرجها »^(٢) ، وهذا مما يجب مراعاته ، وليس بعد الوضوح للازدیاد وجه .

* * *

(١) ر . المختصر : ٩٢/٥ .

(٢) رواه الشافعي في المختصر : ٩٢/٥ .

باب نفقة الدواب

١٠٢٥٦- ذوات الأرواح محترمة ، وحقُّ على مالِكها أن يقيها الرَّدَى والهلاكَ إلا في الوجوه المستباحة المستثناة شرعاً ، كالذبح للمأكلة ، والإكدادُ بتحميل الأثقال قد يَكُدُّها ويَهْدُّها ويُفْضي إلى هلاكها ، ولكن ذلك على الاقتصاد اللائق بمثله مسوَّغٌ ،
ي ٣٤١ ويجب القيام بكفايتها في العلف/ والسقي .

وإن كانت منسرحة سائمة ، فإن كان في العُشب مَقْنَعٌ ، فذاك ، وإن أجذبت الأرض ، [وكانت البهائم لا تكتفي بالرعي ، وما تصادف من رعي الأرض ، فيجب علفها]^(١) إلى أن ينتهي الأمر إلى الاكتفاء .

ومما يجب الإحاطة به أن البهائم وإن كانت محترمة الأرواح [فحرماتها]^(٢) محطوبة عن حرمة الآدمي ، ولهذا يقتلها المضطرُّ ويأكلها ، وإن كانت محرمة اللحم ، وفي إباحة ذبح ما يؤكل منها لظهور الحاجة إلى اللحوم ما يوضح أنها عرضة لحاجاتٍ لا تبلغ مبلغ الضرورات . ولا يجوز أكل ما لا يحلَّ أكله لحاجةٍ [لا]^(٣) لحرمة روح ذلك الحيوان ، ولكن لأن المحرمات في حكم الله مستخبثات .

وقال الأصحاب : إذا كان مع المسافر ماء ومعه ذو روح محترم مُشْفٍ على الهلاك عطشاً ، فليسقها ، ولْيَتِمِّمْ ، والمذهب الأصح أنه يجوز غَصْبُ العلف للدابة الموفية على الهلاك ، وكذلك يجوز غَصْبُ الخيطِ لخياطة جُرح البهيمة المحترمة ، [و]^(٤) في المسألتين خلاف ، والأصح ما ذكرناه .

(١) عبارة الأصل : « وكانت البهائم لا تكتفي بالرعي ، وما تصادف من رعي الأرض وكانت البهائم

لا تكتفي بالرعي فيجب علفها » .

(٢) في الأصل : فخدماتها .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) زيادة من المحقق .

ثم إذا ظهر لمن إليه الأمر إضرار مالك الدواب بها ، راجعه فيها ، [وكلفه]^(١) في عاقبة الأمر القيام بكفائتها أو بيعها .

واللبون من البهائم لا يجوز نزع ألبانها حَلْباً ؛ إذا كان يَهْلِك أولادها الرضع ، والمعتبر فيها كالمعتبر في أمهاتها .

وهذا نجاز الربع^(٢) . وإلى الله صدق الابتغال في تيسير الإتمام ، وبسط النفع به وجعله خالصاً لوجهه الكريم^(٣) .

* * *

(١) في الأصل : وكأنه .

(٢) كذا (الربع) بدون وصف ولا إضافة ، فلم يقل : (الربع الثالث) ولم يقل : (ربع المناكحات) .

(٣) في خاتمة نسخة الأصل : الحمد لله رب العالمين والصلاة على سيدنا محمد وآله أجمعين . يتلوه إن شاء الله كتاب الجراح .

قائمة ببعض الألفاظ التي تعذر قراءتها

آمل أن ينكشف وجهها لبعض الباحثين

باللغة تصديقا وخرج اللسان عن وصفه النظير إن ثبت في هذا المقام تاديبا وهو مع اللسان
حرث بالتاديب فيجوز أن يكون اللسان أثر شدة نفعه ومن أصحابنا من يقول للزيت مغلف
الزيت ونفى اللسان وهذا هو القياس الحق وهو الذي يجعل عليه في توجيه أحد القولين في الطريقة

صفحة ٢٨ الحاشية (٤)

فلا تحدد مقادير الحد الذي يلتزم به بيان أن المقصود واحد شيك وهذا فيه نظر وفي كلام
الأصحاب تشييت من قبل أن يستحق الحد قد تبدل فكأن الواجهة هي المستحقة وانتقل
الاستحقاق منها إلى الورثة ونحو ذلك يقال اللسان لا يخرج في معارضة استحقاق الورثة وإنما

صفحة ٦٢ الحاشية (٧)

بعد انفصال ثم خلت بين الولدين أقل من ستة أشهر أو ستة أشهر فما عدا ذلك يقع التفرد
للولد فاما إذا انفصل باللعان بعد انفصال ولدان بينهما أقل من ستة أشهر فما جيبا شنان
عنه ولو اتت بأكثر من ذلك عن مطلق واحد فاللعان الأول كافي فانه يفرض منه ثلثي الحمل

صفحة ٨٤ الحاشية (٥)

لم يبعد منها هذه الحالات قلنا للزوج إن ثبت بالبينة منها حالة من الحالات التي ذكرتها
فليت تاذ فأنها ثبت برضى وإن لم تثبت بالبينة ما ذكرته فالذي حثت به قد فانه ثبت
الزنا في حالة لم يتعرف لم يبعد فستطاع ذكره من الإحصاءة وبني القذف الصريح، ذكر صاحب

صفحة ٩٤ الحاشية (٤)

بمنزلة من الزنا عسر فإن الزنا أن كل على ما يثبت فيا سبق حيث أنه لا ينقو
الحجور على الزنا من غير ما رالت فيا تقدم فكذا كذا الرد لا يظهرها إلا وقد سبقت
منه ترددات مما يكثر في الرد لا تصدق الخلاف في معنى الرد في الرد

صفحة ١٠٨ الحاشية (٣)

مردودة على ما ذكرناه من شهوة الزنا إذ انقصر عدهم فقد اختلفت الفوائد في أمره وقد عذر
أمر شهوة لا يفرض له وسبق في ذلك في كتاب الحدود أن ما لا يعتد به في الزنا فقد جازى
الشهود فكيف نفع قوله الجملة فإذا أم كيف سبيله لاختلاف أصحابنا على طريق فهم
من قطع القول بأنه تالف لأنه ليس من أهل الشهادة على هذا الزنا وسبق من أجرت فيه القولين

صفحة ١٢٢ الحاشية (١)

الفتح وإن جرى ذلك في مجلس الحاكم حتى لا ينشأ في مسأله التصوير والديار عليها من أقد
يدين في مجلس الحكم للمدعي فطلب المدعي حبسه فقال أدخل السوف فإن أول حضر من كذا
وقد يكون من مجلس الحكم المخزن مسافة فلا تخبر ولكن للمدعي أن يستدعي من القلبي أن هو كل

صفحة ٤٦٧ الحاشية (٢)

قال السيد فزنت حنة وأنا انفق عليك فلها الفسخ فإن الموت فيما ناله بتأمله لا يجر
في هذا المقام وإن نازعنا لنفقه فليست بالبيان بين أيدينا فخصا ما ذكرناه أن لا
ينسخ على السخط من السيد ولو إمرأت من جهة عن النفقة لم يصح إيرادها فإنها ليست ماله

صفحة ٤٧٦ الحاشية (٢)

التيام بالحضارة بل بلوغ المعنى من الغنى وليس هذا مما يظن في إليه النيات من أن عبارة المعنى
وأنما يظهر في مسلك المعنى لعمارة عبارة فيما يتعلق بما عدا حلجات نفسه إذ لا إطلاق عليها
لا من جهة فلا يرجع إلا إليه فاما الاختيار بين الأوبن فليس من هذا الفن والنياس ينسب إلى أنه

صفحة ٥٤٦ الحاشية (٣)

التزوج وهي من شأنيها لو كانت حلية من الزوجية والذي لا بد منه في تمام ذلك ان السكينة في
 يوم اذا كان زوجها طالبا للخصانة ينقضون ما ذكرناه وبصر البراءة فمتحدة يعرف
 الخصانة ويريد ما النكاح اعطاه واما اذا كان زوجها لا يطلب للخصانة وبقيت النكاح

صفحة ٥٤٩ الحاشية (٣)

يطلب من ابيس الربيع فلا تكلف هذه الطبقة ان يلبسوا عبيدهم من جنس بلبيس
 وذلك قد عتاد هؤلاء اطبايب الاطعمة فصدور التزويج ونفايس الخرافات لا يظنهم
 ان يظهروا عبيدهم من هذه الجنس من اخذوا من اسم عنه في الكلام على الحديث للفتنة

صفحة ٥٧٢ الحاشية (٣)

* * *

مُحتَوَى الكِتَابِ

المحتوى	الصفحة
كتاب اللعان	٥
سبب التسمية	٥
الأصل في الكتاب	٥
تأسيس الكتاب بذكر حقيقة اللعان، والإشارة إلى الاختلاف مع أبي حنيفة فيما يتعلق بماهية اللعان	٦
يتعلق باللعان خمس خصال	٦
فصل: متى يحق للزوج أن يلتعن؟	٧
بيان من هو من أهل اللعان	٨
اللعان لا يختص ببعض صيغ القذف، خلافاً لمالك	٩
بيان أصليين يجريان من الكتاب مجرى القاعدة	٩
أحدهما - بيان اللعان حيث يجوز التسبب إليه ولا ولد	٩
متى يجوز للزوج أن يلاعن، ومتى يحرم عليه ذلك؟	٩
الثاني - التسبب إلى اللعان، وثمّ ولد يريد الزوج نفيه	١٢
حكم القذف واللعان إن استيقن الرجل أن الولد ليس منه	١٢
الحكم إن لم يستيقن انتفاء المولود: صور وأقسام	١٢
فصل: الحكم لو جاءت بحملٍ وزوجها صبيٌّ دون العشر	١٧
أقل سن يبلغ الغلام فيه، والاختلاف في ذلك	١٧
الكلام على مقصود الفصل	١٨
فصل: الحكم لو كان بالغاً مجبوباً	١٩

القول في إلحاق النسب لو كان الرجل محبوباً والخصية باقية، أو خصياً والآلة	
باقية	١٩
الحكم لو كان ممسوحاً عديم الخصية والآلة	١٩
فصل: الحكم لو قذفها، ثم ادعى الجنون حين قذف	٢٠
فصل: في قذف ولعان الأخرس	٢٢
فصل: في القذف الذي يتعلق به اللعان، والذي لا يتعلق	٢٤
القذف الذي يتعلق به الحد أصله أن يجري في النكاح غير مضاف إلى زناً متقدماً	
على النكاح	٢٤
القذف المطلق في النكاح ينقسم إلى قسمين: قذف يوجب الحد	٢٥
قذف يوجب التعزير: وهو ينقسم إلى	٢٦
قذف يوجب تعزير التكذيب	٢٦
قذف يوجب تعزير التأديب	٢٧
القول في المسألة لو كان القذف مضافاً إلى زناً متقدماً على النكاح	٣٠
القول لو قذفها بعد البينونة وارتفاع النكاح	٣١
عود إلى ترتيب السواد ومسائله	٣٣
الحكم لو قذف زوجته المجنونة	٣٣
مذهبنا أن حد القذف موروث، وهذا الأصل متفرع على أن حد القذف حق	
للآدمي، وليس حقاً لله تعالى، خلافاً لأبي حنيفة	٣٤
ما ينبني على هذا الأصل من خلاف بيننا وبين أبي حنيفة	٣٥
مسألة: الحكم لو امتنع أحد الزوجين من اللعان	٣٦
فصل: الحكم إذا قذف امرأته الذمية ولاعن	٣٧
فصل: الحكم لو ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها، فأنكر	٣٨
فصل: الحكم لو صدر القذف من الصبي	٤١
فصل: لو قذف الرجعية، لاعن عنها	٤١
الحكم لو قذفها بعد البينونة	٤١

٤٢	والحكم لو لاعن في الردة
٤٢	اللعان يثبت في القذف بالإتيان في الدبر
٤٣	فصل: الحكم لو قال: يا زانية بنت الزانية
٤٥	الحكم لو امتنع الزوج، ثم رغب في اللعان أثناء إقامة حد القذف
٤٦	والحكم لو أقيم حد القذف على الزوج، ثم رغب في اللعان
٤٦	اللعان في النكاح الفاسد
٤٧	فصل: في اللعان لنفي النسب الذي يلحق بسبب ملك اليمين
٤٧	المذهب الصحيح أن النسب في ملك اليمين لا ينفي باللعان
	الحكم لو اشترى زوجته الأمة، فأنت بولد لزمان لا يحتمل أن يكون من ملك
٤٨	اليمين، والحكم إن احتمل أن يكون من النكاح وملك اليمين

باب أين يكون اللعان

٥١	مقصود الباب ذكر ما يؤكّد اللعان به وهو أربعة أشياء: الألفاظ، وهي خمسة
٥١	في الجانبين، وستأتي في باب
٥١	الزمان: بعد العصر، وإن لم يكن طلب حثيث فالى العصر من يوم الجمعة
٥١	المكان: يلاعن في أشرف المواضع وأحراها بالتعظيم
٥٢	العدد: بأن يجري على رؤوس الأشهاد، ولا ينقصوا عن عدد شهود الزنا
٥٢	تفصيل القول في التخليط بالأسباب السابقة وهل مستحق أم مستحب

باب سُنّة اللعان ونفي الولد وإلحاقه بالأم وغير ذلك

٥٤	غرض الباب أن قضايا اللعان من درء حد القذف عن الزوج، ونفي الولد،
	ووقوع الفرقة، وتأبّد التحريم كلها تتعلق بلعان الزوج وحده دون المرأة،
٥٤	خلافاً لأبي حنيفة
٥٤	ما يؤثر للقاضي ذكره من التهديد حالة إنشاء اللعان

باب كيف اللعان

٥٦	بيان كَلِم اللعان وكيفية صيغها، وما يرعى فيها
----	---

٥٧ فصل : لو قذفها برجل ولم يلتعن
مسألة : وأي الزوجين كان أعجمياً، التعن بلسانه والمترجم يترجم، وفي عدد المترجمين خلاف ٥٨

٦٠ باب ما يكون بعد التعان الزوجين من الفرقة
٦٠ اللعان يوقع الفرقة، ويأبد الحرمة، خلافاً لأبي حنيفة
٦١ مسألة : الحكم إذا مات أحد الزوجين قبل التلاعن
٦٤ مسألة : الحكم لو قذفها وهي محصنة، ثم امتنع عن اللعان
٦٥ والحكم لو أكمل الرجل اللعان، وامتنعت المرأة
٦٥ إذا توجه الرجم عليها فهل يؤخر إقامة الحد عن شدة الحر والبرد؟
٦٧ فصل : في نفي الحمل باللعان
٦٧ إن كان الحمل بعد البينونة، ففي نفيه باللعان قولان
٦٩ حكم نفي الحمل باللعان لو كان الحمل في قيام الزوجية
٧٠ الفرق بين نفي الولد ونفي الحمل
٧٠ إشارة إلى محاجة بين الشافعي وأبي يوسف

٧١ باب ما يكون قذفاً وما لا يكون قذفاً
لو قال وقد ولدت امرأته ولداً: هذا ليس مني، أو هذا ليس بابني، فالكلام المذكور يحتمل خمسة أوجه ٧١
تفصيل القول وحكم المسألة يقع في قسمين : الأول : القول في الاحتمالات المفروضة في المسألة مع تسليم الزوج بالولادة في الفراش ٧١
القسم الثاني : ذكر الاحتمالات المفروضة مع إنكار الزوج الولادة على فراشه ... ٧٥
الحكم فيما لو قال، والنكاح قائم : ما ولدت هذا الولد بل استعرتيه أو التقطتيه .. ٧٥
٧٨ فصل : حكم اللعان إذا نسب الولد إلى وطء شبهة، أو وطء استكراه
فصل : الحكم لو نفى الولد باللعان، ثم أتت بتوأمين عن بطن واحد، أو بولدين عن بطنين ٨١

- القول في المسألة لو وقع نفي الولد في النكاح، ثم أتت بعد ذلك بولد ثانٍ لأقل
 من ستة أشهر، أو أكثر ٨١
- الحكم لو نفي الحمل باللعان، ثم انفصل ولدان بينهما أقل من ستة أشهر، أو
 أكثر ٨٢
- القول في مسألة الفصل لو وقع نفي الولد بعد البيونة ٨٣
- الحكم لو ولدت توأمين، ومات أحدهما، أو ماتا جميعاً فأراد الزوج نفيهما
 بعد الموت، أو نفي الميت منهما والحي ٨٥
- من أصول المذهب أن المولود الميت يلحقه النفي والاستلحاق جميعاً ٨٥
- فصل: الحكم لو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: زنت بك ٨٦
- والحكم لو قال: يا زانية، فقالت: أنت أزنى مني ٨٩
- فصل: الحكم لو قال لامرأته: يا زاني، فحذف علامة التأنيث ٩١
- رأي للإمام في بعض قضايا باب الترخيم في النحو، وتعليق من المحقق في
 الحاشية ٩٢
- الحكم لو قالت للرجل: يا زانية ٩٢
- الحكم لو قالت: زنأت في الجبل ٩٣
- ولو قال: زنت في الجبل ٩٣
- ولو قال: «زنأت» مطلقاً ٩٤
- فصل: الحكم لو قال لامرأته: زينت وأنت صغيرة ٩٤
- ولو قال: زنت وأنت أمة، أو مشركة، أو مجنونة ٩٤
- الحكم لو قال: زنى بك فلان وأنت مستكرهة ٩٥
- فرع: الحكم لو أضاف الزنا إلى الفرج، أو إلى غير الفرج من الأعضاء ٩٦
- فصل: ولو قذفها، ثم تزوجها، ثم قذفها ٩٧
- الحكم يبنى على القول في تعدد الحد ٩٨
- مسألة: لو قال: يا زانية، فقالت: بل أنت زان ٩٨
- مسألة: لو قذف زوجته وأجنبية بكلمة واحدة ٩٩

مسألة: ولو قذف أربع نسوة له بكلمة واحدة، وامتنع عن اللعان فهل يلزمه حد واحدٌ لهن، أم حدود؟ قولان ثم التفريع عليهما فيما يتعلق بتعدد اللعان أو الاقتصار على واحد في حقهن	١٠٠
مسألة: حكم نفي الولد إذا أقرّ بالوطء في الطهر الذي رماها فيه	١٠٣
فصل: في الحصانة في المقدوف، وما يسقطها وما لا يسقطها	١٠٥
معنى الإحصان في المقدوف أن يكون عفيفاً عن الزنا	١٠٦
تفصيل القول في العفة من الزنا (الإحصان)	١٠٧
الكلام على جهات الوطاء، وما يؤثر منها في العفة وما لا يؤثر	١٠٩
جمع وترتيب للمسائل التي تسقط العفة (الحصانة) وما لا تسقطها	١١١
فصل: في حكم القذف بعد جريان اللعان	١١١
مضمون الفصل يبيّن بمسائل تقع نوعين: أحدهما - في قذف الزوج	١١١
النوع الثاني - في قذف الأجنبي	١١٣
فصل: لو شهد عليه أنه قذفها، فهل يحبس إلى أن يبحث القاضي عن أحوال الشهود؟	١١٤
مسألة: ولا يكفل رجلٌ في حدٍّ ولا لعان	١١٧
عود إلى مسألة إضافة الزنا إلى غير الفرج من الأعضاء وتفصيل القول في الألفاظ المستعملة في هذا النوع: الصريح منها، والكناية	١١٧
مسألة: ولا يكون اللعان إلا عند السلطان	١١٨
فرع: في تحليف القاذف المقدوف على نفي الزنا درءاً للحد	١١٨
فرع غريب: للشيخ أبي علي	١١٩
فصل: في وجه غريب ذكره الشيخ أبو علي	١١٩
فرع آخر: للشيخ أبي علي	١٢٠
باب الشهادة في اللعان	
شهادة الزوج على زنا زوجته مردودة	١٢١

- الإمام يقطع بقبول شهادة أبي الزوج بزنا زوجة ابنه، ويقول إن هذه المسألة لم
يتعرض لها أئمة المذهب إلا والده الشيخ أبو محمد ١٢١
- ولو شهد ثلاثة على زنا الزوجة، فشهد الزوج معهم، فشهادته مردودة، وهل
نجعله قاذفاً فيحد؟ ١٢٢
- لو توجه الحدّ عليها وهي حامل، فلا يقام إلى أن تضع، ثم تظم، وتفصيل
القول في هذا يأتي مستقصى في كتاب الجراح ١٢٢
- الإقرار بالزنا هل يثبت بشهادة عدلين؟ ١٢٢
- الحكم لو قذفها، وقال: كانت أمة، أو مشركة، فنازعته بأنها حرة مسلمة،
ففيمن يصدق قولان ١٢٣
- والحكم لو قال: قذفتك وأنت صغيرة، وأقام بينة، وقالت: بل قذفتني وأنا
كبيرة، وأقامت بينة ١٢٤
- مسألة: الحكم لو شهد عليه شاهدان أنه قذفهما، وقذف امرأته ١٢٥
- شهادة الإنسان لنفسه مردودة، والمسألة في حكم شهادته لغيره إذا أتت مقترنة
بشهادته لنفسه ١٢٦
- فصل: نقل المزني في الجامع الكبير عن الأم أن ابنين لو شهدا على أبيهما أنه
قذف ضرّة أمهما، ففي قبول شهادتهما قولان ١٢٧
- فصل: في الحكم لو اختلف الشاهدان على القذف في مكان القذف، أو زمانه،
أو في اللغة التي استعملها القاذف في إنشاء القذف، أو في الإقرار به ١٢٨
- كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة هل يتطرقان إلى حد القذف؟ ١٢٩
- التوكيل في إثبات القذف جائز، وفي التوكيل باستيفاء الحد اختلاف ١٢٩
- ١٣٠ باب الوقت في نفي الولد
- إذا ثبت للزوج حق نفي الولد، فهل هو على الفور أم على التراخي؟ قولان ١٣٠
- فصل: في النسب الذي يلحق في ملك اليمين بالمولى ١٣٢
- بم يحصل لحق النسب في ملك اليمين؟ ١٣٢

١٤٣	كتاب العدة
١٤٣	باب عدة المدخول بها
١٤٣	العدة تنقسم إلى ما يتمحّض تعبدًا، وإلى ما يشوبه رعاية الاستبراء
١٤٣	أما ما يتمحّض تعبدًا فعدة الوفاة
	وأما العدة التي يشوبها اعتبار براءة الرحم فهي العدة عن طرق قطع النكاح في
١٤٣	الحياة
١٤٤	هذه العدة تتعلق بالحامل، والحائل، أما الحامل، فعدتها بوضع الحمل
١٤٤	وأما الحائل، فإن لم تكن من ذوات الحيض، فعدتها بالأشهر
١٤٤	وأما إن كانت من ذوات الحيض، فعدتها بالأقراء
١٤٤	اختلاف العلماء في القرء ومعناه في الشرع، وفي اللغة
١٤٥	رأي الإمام
١٤٦	مذهب الشافعي أن القرء هو الطهر، وله قول في القديم أن القرء هو الانتقال ...
	فصل: إذا وقع الطلاق والمرأة في بقية من الطهر، ثم حاضت، فهذا قرءٌ كامل
١٤٧	في معنى الاعتداد والاحتساب
	ولو طلقها وقد بقي من طهرها زمن يسع طرفة عين، ثم حاضت، فذلك المقدار
١٤٧	قرءٌ
	الحكم لو أوقع الطلاق في آخر جزء من الطهر، أو في آخر جزء من الحيض،
١٤٨	وما يتعلق بذلك من الحكم بالسنة والبدعة
١٤٨	القول في المسألة تفريعاً على القديم
١٤٩	تفصيل القول في الزمان الذي يفرض انقضاء العدة فيه
١٥٢	الحكم إن ادعت المرأة انقضاء العدة في مدة لا يحتمل انقضاء العدة في مثلها ..
	فصل: في أقل الحيض وأكثره، وأقل الطهر، وقد مضى هذا مفصلاً في كتاب
١٥٤	الحيض
١٥٤	طرف من القول في أحكام الاستحاضة المتعلقة بأمر العدة
١٥٤	الناسية وتفصيل القول في أن عدتها بماذا تنقضي؟

- ١٥٧ ما يتعلق بالعدة من أحكام التلقيح في الحيض
- ١٥٨ فصل : في تباعد الحيض وما على المرأة فيه من أحكام العدة
- ١٥٨ الصغيرة عدتها بالأشهر ، فلو بلغت بالسن ولم تر الدم فإنها تعتد بالأشهر أيضاً .
- ١٥٨ تفصيل القول في عدة من حاضت ، ثم ارتفعت حيضتها
- إن كان ارتفاع الحيض لعدة معلومة من مرض أو رضاع ، فإذا طلقت فلا بد من
- ١٥٨ انتظار الحيض
- وإن ارتفعت حيضتها من غير سبب وعلة ظاهرة ، فللشافعي ثلاثة أقوال في
- ١٥٩ اعتدادها ، قول في الجديد ، وقولان في القديم
- ١٥٩ الجديد - أنها تنتظر سن اليأس ، ثم تعتد بثلاثة أشهر
- ١٥٩ القديم - لا تنتظر سن اليأس وعلى هذا قولان منصوصان
- ١٥٩ أحدهما - تربص تسعة أشهر ، ثم تعتد بثلاثة أشهر
- ١٥٩ الثاني - تربص أربع سنين ، ثم تعتد بثلاثة أشهر
- ١٦٠ معتمد القول الجديد
- تفصيل القول في حكم الدم لو عاد في مدة التربص ، أو مدة العدة ، أو بعدهما
- ١٦١ تفرعاً على الأقوال الثلاثة
- التفرع على القول القديم بأنها مأمورة بالتربص تسعة أشهر ثم الاعتداد بعدها
- ١٦١ بثلاثة أشهر
- ١٦٤ التفرع على القول بأنها تربص أربع سنين
- ١٦٤ التفرع على القول الجديد - وهو أنها مردودة إلى سن اليأس
- ١٧٠ فصل : في عدة زوجة الصبي الذي لا يولد له
- الخصي ، والمحبوب ، والممسوح إذا طلقوا ، فأتت نسوتهم بأولاد ، فهل
- ١٧١ نحكم بانقضاء العدة ؟
- ١٧٢ فصل : متعلق بالكلام في بقاء المعتدة في منزل النكاح
- الإمام يرى أن هذا الفصل أورده المزماني في غير موضعه ، ولكنه يذكره التزاماً
- ١٧٢ منه بالجريان على ترتيب (السواد)

- ١٧٣ فصل : في عدة من لا تحيض لصغر أو كبر
- ١٧٥ فصل : في عدة من أَلقت جنيناً ميتاً، أو علقَةً، أو لحماً
- ١٧٥ المعتدة إذا أَلقت جنيناً ميتاً ظهر عليه التخليق، حُكم بانقضاء العدة
- ١٧٥ ولو أَلقت علقَةً، فلا حكم لها
- ولو أَلقت لحماً وقالت القوابل إنها لحم ولد، فقد نص الشافعي على أن العدة تنقضي به، ونص في أمهات الأولاد على أن الاستيلاد لا يحصل به، ونص في الجنائيات على أن الغرة لا تجب بسببه
- ١٧٦ تصرّف الأصحاب في نصوص الشافعي
- لو ادعت أنها أَلقت جنيناً، أو ادعت أنها ولدت ولداً ميتاً، فهل يقبل قولها في انقضاء العدة؟
- ١٧٧ فصل : في حكم المرتابة بالحمل لو أرادت النكاح
- ١٨٠ فصل : في عدة الحامل بتوأمين
- ١٨٠ مسألة : الحكم لو انفصل بعض الولد
- فصل : الحكم لو أوقع الطلاق، ولم يدر أقبل الولادة أم بعدها؟ مع فرض
- ١٨١ التنازع بين المرأة والرجل في التقدم والتأخر
- ١٨٣ فصل : الحكم لو طلقها، ولم يحدث لها رجعة، ولا نكاح حتى ولدت
- البائنة إذا أتت بولد من يوم الفراق لأربع سنين أو أقل، لحق الولد الزوج، أما مدة الحمل، فتعتبر تقديراً من يوم الطلاق
- ١٨٣ فإن كانت رجعية، فمن أي وقت تعتبر مدة الأربع سنين في حقها؟ قولان
- ١٨٣ لو أراد الزوج نفي الولد، فقد قال الشافعي إنه يكون منفيّاً باللعان، وللمزني
- ١٨٤ اعتراض على هذا فرأيه أنه منفي من غير لعان
- المزني يستدل من كلام الشافعي على ما ذهب إليه من نفي الولد من غير لعان، والإمام يعرض المسألة وما قاله الأصحاب فيها
- ١٨٤ الحكم لو ادعت المرأة أنه راجعها، أو نكحها إن كانت بائنة، فحصل العلوق
- ١٨٦ بعد الرجعة، أو في النكاح الجديد

فصل : الحكم إذا انقضت العدة، ونكحت، ثم أتت بولد في الفراش الثاني

لزمانٍ يحتمل أن يكون من النكاح الأول ١٨٧

الحكم إن نكحت في أثناء العدة، ثم أتت بولد ١٨٨

المرأة إذا نكحت على الشبهة أو الفساد، فمتى يثبت الفراش الثاني؟ ١٨٩

فصل : إذا طلقت، وزعمت أن العدة قد انقضت، وجرى الحكم بتصديقها، ثم

أتت بولد لزمانٍ يحتمل أن يكون العلوق به من النكاح، فالولد يلحق،

خلافًا لأبي حنيفة ١٩١

باب لا عدة على من لم يدخل بها

١٩٣

العِدَّة المتعلقة بطرق الفراق في الحياة مشروطةٌ بالمسيس ١٩٣

الخلوة العريّة عن المسيس لا تقرر المهر ولا توجب العدة، خلافًا لأبي حنيفة،

وفي المذهب قولٌ يوافق مذهب أبي حنيفة ١٩٣

إذا فرعنا على القول الضعيف ورأينا الخلوة مقرّرة، لم نفصل بين الخلوة

الفاسدة، والخلوة الصحيحة، خلافًا لأبي حنيفة ١٩٤

الحكم إذا ادعت المرأة على الزوج الإصابة تبغي بذلك تقرر المهر فأنكر الزوج ١٩٥

باب العدة من الموت والطلاق والزوج غائب

١٩٦

مضمون الباب مسألة واحدة هي أن المرأة إذا طلقها زوجها في الغيبة، أو مات عنها،

ولم تعلم حتى انقضى زمان العدة، فإذا بلغها الخبر فهي خلية عن العدة ١٩٦

باب عدة الإماء

١٩٧

الأحكام على ثلاثة أقسام: منها ما يستوي فيها العبيد والأحرار، والإماء

والحرائر ١٩٧

ومنها ما لا مدخل للعبيد فيه ١٩٧

ومنها ما يشترك الأحرار والعبيد في أصله ويختلفان في الكيفية، وهذا قسمان:

منه ما يكون العبد فيه على النصف من الحر، والأمة على النصف من الحرة ١٩٧

ومنها ما تكون الأمة فيه على الثلثين كالأقراء والطلاق ١٩٧

- ١٩٨ فإن كانت الأمة من ذوات الشهور، ففي عدتها قولان مشهوران
- ١٩٩ فصل: الحكم لو عتقت الأمة قبل مضي العدة
- فصل: الرجعية إذا راجعها ولم يطأها، وعاد وطلقها، فهل يجب عليها عدة
- ٢٠٠ مستأنفة، أم تبني على ما كان بقي من عدتها قبل المراجعة؟ قولان
- والمختلعة إذا جدد عليها النكاح في أثناء العدة، ثم طلقها قبل الدخول، فإنها
- ٢٠٠ تبني على بقية العدة
- ٢٠٠ الإمام يبين الفرق بين الرجعية تُرْجَعُ ثم تطلق، وبين المختلعة
- ٢٠١ توجيه القولين في الرجعية
- ٢٠٢ التفريع على القولين
- مسألة: الاعتبار في عدد الطلاق بحرية الزوج ورقه، أما في العدة، فالاعتبار
- ٢٠٤ فيها برق المعتدة وحريتها
- ٢٠٥ **باب عدة الوفاة**
- عدة الوفاة ثابتة على التي مات عنها زوجها، سواء جرى في النكاح دخول، أو
- ٢٠٥ لم يجز
- ٢٠٥ ما كان من أمر عدة الوفاة في ابتداء الإسلام
- ٢٠٥ المرأة إذا مات زوجها وكانت حائلاً حرةً اعتدت بأربعة أشهر وعشر ليالٍ
- ٢٠٥ وإن كانت أمةً تربصت شهرين وخمس ليالٍ بأيامها
- ٢٠٦ فإن كانت حاملاً، فعدها تنقضي بوضع الحمل
- ٢٠٦ ليس في كتاب الله بيان عدة الحامل، وإنما أخذ هذا من السنة
- لولا الأثر الوارد في عدة الوفاة (حديث سُبَيْعَة) لكان الأخذ بأقصى الأجلين
- (أجل الوضع، والأربعة الأشهر والعشر) قريباً من القواعد؛ لما غلب في
- ٢٠٦ عدة الوفاة من التعبد، ولكن المتبع السُّنَّةُ فلا معدّل عنها
- وليس على الحائل التي عدتها أربعة أشهر وعشر أن تأتي فيها بحيض، خلافاً
- ٢٠٧ لمالك

- العدة قسمان: أحدهما - بالأشهر، والثاني - بالأقراء، ثم ما يقع بالأقراء لا
يعتبر فيه حساب الأشهر، وما يقع بالأشهر لا يعتبر فيه حساب الأقراء ٢٠٧
- فصل: لو طلق إحدى امرأته على الإبهام، ومات قبل البيان، فكيف السبيل في
العدة؟ ٢٠٨
- باب مقام المطلقة والمتوفى عنها زوجها ٢١١
- ذكر الشافعي في هذا الباب السكنى، وما يتعلق بها، ومن يستحقها من
المعتدات ومن لا يستحقها ٢١١
- الأصل في وجوب السكنى الكتاب، والسنة، والإجماع ٢١١
- سكنى المطلقة مستفادة من الكتاب، والمتوفى عنها زوجها أمرها مستفاد من
حديث فريضة بنت مالك، ومن الأحاديث التي إليها الرجوع في مسائل
الكتاب حديث فاطمة بنت قيس ٢١١
- تفصيل القول في التي تستحق السكنى، وفي التي لا تستحقها، وفي التي
اختلف القول فيها ٢١٣
- القول في المعتدة عن غير النكاح، كالموطوءة بالشبهة، والمنكوحة نكاحاً
فاسداً ٢١٣
- القول في المعتدة عن فرقة النكاح ٢١٣
- أولاً: المعتدة عن فرقة في الحياة ٢١٣
- ثانياً: المعتدة عن موت الزوج ٢١٧
- الخوض في تفصيل السكنى: تمهيد القول ببيان أمرين: ٢١٧
- الأول - القول في لزوم مسكن النكاح ٢١٧
- الثاني - القول في إلزام مؤنة السكنى إن لم يكن للنكاح مسكن معين ٢١٩
- والكلام بعد التمهيد في ثلاثة فصول: ٢١٩
- الفصل الأول: يتعلق بتعيين المسكن ٢١٩
- الفصل الثاني: يتعلق بمؤنة السكنى عند ضيق المال، أو ضرب الحجر على
الزوج والكلام فيما تضارب المرأة به ٢٢٢

- ٢٢٦ الفصل الثالث : القول في مساكنة الزوج المعتدة، وتحريم الخلوة
- ٢٢٩ فصل : القول في مسكن المعتدة عدة الوفاة
- المعتدة عدة الوفاة فيها قولان في استحقاق السكنى، فإن قلنا : إنها تستحق
- ٢٢٩ السكنى، فيتعين لسكنائها مسكن النكاح، ثم التفصيل كما مرّ في المطلقات
- وإن قلنا : إنها لا تستحق السكنى، فلو تبرع الوارث وأسكنها مسكن النكاح، أو
- ٢٢٩ عين لها مسكناً، فهل يلزمها المسكن الذي عينه؟
- ٢٣٠ فصل : مضمونه متعلق بثلاثة فصول
- الفصل الأول : إذا أذن الزوج للزوجة في الانتقال من مسكن قبل أن يطلقها أو
- ٢٣٠ يموت عنها
- ٢٣٢ الفصل الثاني : في الإذن في المسافرة وهذا الفصل ينقسم قسمين
- ٢٣٢ القسم الأول : الإذن في المسافرة من غير نُقْلة
- ٢٣٧ القسم الثاني : الإذن في المسافرة سفر النقلة
- مسألة : إذا أذن لزوجته في الاعتكاف عشرة أيام تباعاً، فشرعت فيه، ثم لحقها
- ٢٣٨ الطلاق، فهل يلزمها قطع الاعتكاف والتربص في مسكن النكاح؟
- ٢٣٩ تنبيه من الإمام على لفظة نقلها المزني واختلفت الرواية فيها
- مسألة : إذا كان سفر المرأة مع الزوج، فطلقها أو مات عنها في أثناء الطريق،
- ٢٣٩ لزمها أن ترجع وتعتد في مسكن النكاح
- ٢٤٠ مسألة : الحكم لو أذن لها بالسفر للحج، أو للعمرة، فأحرمت، ثم طلقها
- ٢٤١ الفصل الثالث : ويتعلق بالخلاف بين الزوجين
- ٢٤٢ فصل : القول في السكنى في حق البدوية
- ٢٤٣ القول في امرأة صاحب السفينة إذا طلقها والسفينة في البحر
- ٢٤٤ الحكم لو لحقها الطلاق والزوج غائب وليس له مسكن تأوي إليه في عدتها

٢٤٥

باب الإحداد

تصدير الباب بالحديث الوارد في ذلك، ومضمونه باتفاق العلماء، وإيجاب الإحداد

٢٤٥ على المتوفى عنها زوجها في مدة العدة، وتحريم الإحداد على غيرها إلا ثلاث ليال

٢٤٥	القول فيمن يجب عليه الإحداد
٢٤٦	معنى تحريم الإحداد على غير المعتدة
٢٤٧	بيان صفة الإحداد ومعناه
٢٤٨	تفصيل القول في الثياب: الكلام في أجناس الثياب
٢٤٩	الكلام في الألوان
٢٥٠	تفصيل القول في الطيب، وما يدنو منه: والكلام فيه يتعلق بقسمين
٢٥٠	الأول: اجتناب الطيب
	الثاني: الكلام فيما يتعلق بالزينة وإن لم يكن طيباً، كالاكتحال، والترجل،
٢٥٠	والتنظف، والتحلي بالآلئ
٢٥٣	فصل: في معنى لزوم المعتدة المسكن، وما يجوز لها الخروج لأجله
٢٥٨	باب اجتماع العدتين، والقافة
٢٥٨	مضمون الباب تفصيل القول في تداخل العدتين من رجل واحد، ومن رجلين ..
	إذا اجتمعت العدتان، وكانتا من شخص واحد، ومن جنس واحد (بالأقراء أو
٢٥٨	بالأشهر) فالمذهب أنهما تتداخلان
	تفصيل القول فيه إذا اختلف جنس ما به الاعتداد، والشخص الذي عنه الاعتداد
٢٦٠	واحد
٢٦٣	القول إذا كانت العدتان من شخصين، وكانتا متفقتين في الجنس
٢٦٥	وتفصيل القول فيه إذا كانتا مختلفتين إحداهما بالحمل، والأخرى بالأقراء
	مسألة: إذا أتت المرأة بولد لأقل من أربع سنين من يوم الطلاق، ولسته أشهر
	فصاعداً من يوم وطء الشبهة فيحتمل أن يكون العلوق من الأول (الزوج)
٢٧١	ويحتمل أن يكون من الثاني (الواطئ)
	فإذا أشكل الأمر، فهذا أوان القائف، فنريه معهما القائف ونلحقه بمن يلحقه
٢٧١	القائف به
	القول فيما يعتمد القائف، وفي إلحاقه، وصواب منطقه وخطئه يأتي مستقصي
٢٧١	في آخر الدعاوى، والكلام هاهنا على ما يتعلق بأمر العدة

- فإن تردد الأمر بينهما ولم نجد بياناً من القائف بأن أشكل الأمر عليه، فالصورة
مشكلة في أمر النسب، والكلام هاهنا على حكم العدة والنسب مشكل ٢٧١
- فصل: المطلقة الرجعية إذا وطئها أجنبي بشبهة، فأنت بولد يمكن أن يكون من
كل واحد منهما، فارتجعها في مدة الحمل، ثم وضعت الولد وألحقته القافة
بالشبهة، ففي صحة الرجعة قولان ٢٧٧
- فصل: صح النقل عن الأصحاب أن الزوج إذا طلق زوجته، ثم كان يعاشرها
معاشرة الأزواج، فلا تنقضي العدة ٢٧٧
- وقال المحققون: هذا خارج عن القياس ٢٧٧
- القول في نكاح الشبهة إذا طراً على العدة واتصل به الوطء، ثم انكف الناكح
وانعزل، وهو على اعتقاد الافتراض حتى مضت مدة العدة ٢٨١
- من نكح معتدة نكاح شبهة - ورأينا التفريع على انقطاع العدة قبل الوطء، فماذا
نقول لو لم تزف حتى انجلت الشبهة؟ ٢٨٢
- وماذا نقول إذا زفت ولم يتفق الوطء حتى انجلت الشبهة؟ ٢٨٢
- فرع: من نكح معتدة على الفساد، ثم اجتنبها، وانقضت العدة الأولى، فيجوز
له أن ينكحها بعد التخلي من العدة، وللشافعي قول في القديم: أن
المنكوحة على الفساد في العدة محرمة على الناكح أبداً ٢٨٣
- فرع: القول في العدة إذا وطئ الرجل حرةً حسبها مملوكته ٢٨٤
- ولو وطئ أمةً حسبها حرةً ٢٨٤
- عقد الشافعي باباً مضمونه شيئان: أحدهما - أن الرجعية إذا مات عنها الزوج
تنتقل إلى عدة الوفاة، بخلاف البائنة ٢٨٤
- والثاني - أن الرجعية إذا ارتجعها الزوج، ثم طلقها من غير مسيس فهل تستأنف
العدة أم تبني على ما كان منها؟ قولان وقد تقدم ذكرهما ٢٨٥
- باب عدة المفقود وغيره ٢٨٦
- إذا غاب الرجل ولم ينقطع أثره ولم يخف خبره، وطالت مدة الغيبة، فالنكاح قائم .. ٢٨٦
- وإن انقطع خبره وخفي أثره وكان لا يُعلم حياته ومماته، فقولان ٢٨٦

- ٢٨٦ تصوير محل القولين
- ٢٨٧ ذكر القولين : القديم : تربص بعد انقطاع الأخبار أربع سنين ثم تعدد عدة الوفاة وقال في الجديد : تصبر حتى يأتيها يقين طلاقه ، أو وفاته ، وإن استبهم الأمر
- ٢٨٧ فتوقف ما عُمّرت
- ٢٨٧ الشافعي رجع عن قوله القديم ، وغلط من يعتقده
- ٢٨٨ وقال أبو حنيفة يلزمها أن تمكث حتى يستكمل الزوج مائة وعشرين سنة
- ٢٨٨ تفريع المسائل على القول القديم :
- ٢٨٨ مدة الأربع سنين هل يضربها القاضي ، أم كيف السبيل فيها ؟
- إذا تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً ، ونكحت ثم عاد الزوج الأول ، فكيف الوجه ؟
- ٢٨٩ ومن التفريع أن الفسخ الذي جرى به القضاء ، هل هو ارتفاع النكاح أصلاً أم إنشاءً فسخ ؟
- ٢٩٣ التفريع على القول الجديد :
- ٢٩٤ إذا حكمنا عليها أن تصابر النكاح إلى ثبوت يقين الموت أو الفراق فإن نكحت ، فالنكاح فاسد
- ٢٩٤ ولو نكحت وعاد الزوج الأول ، فنكاحه قائم ويحال بينها وبين الثاني
- ٢٩٥ باب استبراء أم الولد
- ٢٩٧ ومقصود الباب القول في الاستبراء عند زوال الملك
- ٢٩٧ الأصل في الاستبراء ووجوبه
- الاستبراء له ركنان : أحدهما - يشتمل على تفصيل القول في الاستبراء عند زوال الملك ، وهذا الباب معقود له . والثاني - ينطوي على تفصيل الاستبراء عند جلب الملك ، وسيأتي في الباب الثاني
- ٢٩٧ إذا أعتق الرجل أم ولده ، أو مات عنها ، فعتقت بموته ، فعليها الاستبراء بقرء واحد ، خلافاً لأبي حنيفة
- ٢٩٨ وهل هذا القرء طهرٌ أم حيض ؟ قولان
- ٢٩٨

٢٩٨	توجيه القولين
٢٩٩	التفريع على القولين
٣٠٢	الخوض في مقصود الباب وما فيه من مسائل
٣٠٦	فصل: إن مات سيدها وهي تحت زوج أو في عدة
	مسائل الفصل تستدعي تقديم أصليين مقصودين: أحدهما - أن المولى إذا زوج أم ولده، ثم أعتقها وهي مزوجة، أو مات عنها، فالمنصوص عليه أنه لا
٣٠٦	يجب الاستبراء
٣٠٧	الثاني - في بيان ما إذا طلق زوج المستولدة المستولدة مع بقاء الملك
	الخوض في مسائل الفصل: إذا مات السيد والزوج، وتفصيل القول فيما إذا
٣٠٩	ترتب أحد الموتين على الثاني
٣١٢	القول في الاستبراء لو ماتا معاً
٣١٤	فصل: في الاستيلاد في حق المكاتب
	الإمام يرى أن مقصود هذا الفصل ليس له تعلق بالاستبراء، ولكنه يذكره لإقامة
٣١٤	رسم الجريان على ترتيب (السواد)
٣١٧	باب الاستبراء من كتابي الاستبراء
	ومقصود الباب القول في الاستبراء عند جلب الملك، وهو الباب الثاني من
٣١٧	أبواب الاستبراء
٣١٧	الأصل في هذا الباب
٣١٨	الاستبراء واجب على من يملك جارية ويحاول استباحتها بملك اليمين
٣١٨	وهل يتصور مسلك يسقط الاستبراء ويسلّط على الوطء دونه؟
	ذكرُ حكاية جرت للرشيد مع أبي يوسف، واختلاف أصحاب أبي حنيفة في
٣١٨	المسألة المسماة بالهارونية هل هي هذه أم غيرها؟
٣١٩	تعليق من المحقق على الحكاية (حاشية)
	تفصيل القول في مسألتين نص الشافعي عليهما في الأم وأجاب بجوابين ظاهرهما
٣٢٠	التناقض، ونصّ عليهما في الإملاء وأجاب بجوابين على الضد من جوابيه في الأم .

٣٢١	نص كلام الشافعي في المسألتين من الكتابين
	تفصيل القول في المسألة الأولى: من اشترى جارية معتدة عن زوج، فانقضت
٣٢١	العدة، فهل تحل للمشتري من غير استبراء مقصود بعد العدة؟ قولان
٣٢١	توجيه القولين
٣٢٢	التفريع على القولين
	تفصيل القول في المسألة الثانية: إذا زوج السيد أمته، فمسيها الزوج، وطلقها،
	واعتدت، فهل يتوقف استحلال السيد إياها على استبراء مقصود بعد العدة؟
٣٢٣	قولان
٣٢٣	توجيه القولين
٣٢٤	التفريع عليهما
٣٢٤	عودة إلى النصين المنقولين عن الأم في المسألتين وتوجيه الإمام لهما
٣٢٥	الكلام على الجوابين المنقولين عن الإملاء
٣٢٥	القول في تداخل الاستبراءين
٣٢٦	القول في تداخل الاستبراء والعدة
٣٢٧	فصل: في بقية الاستبراء يشتمل عليها أنواع
٣٢٧	النوع الأول - في بيان ما يوجب الاستبراء
٣٣٢	النوع الثاني - في بيان ما ينافي الاعتداد بالاستبراء
٣٣٤	النوع الثالث - في بيان ما يحرم من المستبرأة في زمان الاستبراء
	فرع: لو قالت الجارية: قد حضت، فللمولى تصديقها، ولو قالت: لم أحض
٣٣٦	وقال المولى: لقد حضت فالقول قولها
٣٣٧	فرع: هل يحصل الاستبراء بوضع الحمل من الزنا؟
٣٣٧	فرع: وطء المستبرأة لا يقطع الاستبراء، وليس كالوطء في العدة
٣٣٨	فرعان لابن الحداد: لا يتعلقان بالاستبراء

كتاب الرضاع

٣٤١	الأصل في الحرمة الثابتة بالرضاع
-----	---------------------------------

٣٤٢	الحرمة ثابتة في جانب الفحل والدليل على ذلك
٣٤٤	تفصيل القول في الحرمات في الرضاع
		لحرمة الرضاع أصول وفروع: والأصول ثلاثة: المرأة المرضعة، والصبي
٣٤٤	المرتضع، والرجل الذي أدرّ اللبن (الفحل)
٣٤٤	المرتضع ولدً، والمرضعة أم، والفحل أب
٣٤٤	بيان الحرمات المنتشرة عن هذه الأصول
٣٤٦	ضابط جامع من الإمام يحوي الحرمات من الرضاع أصولاً وفروعاً
٣٤٦	الرضاع كالنسب إلا في أمور
٣٤٧	فصل: في العدد الذي تحصل به حرمة الرضاع
		اسم الرضاع ينطلق على المصّة والمصتين فصاعداً، وهو اسم جنس يجمع
٣٤٧	الواحد والجمع
٣٤٧	معتمد الشافعي في اشتراط العدد في الرضعات الأخبار الكثيرة الواردة فيه
٣٤٧	أبو حنيفة لم يرفع العدد وأثبت الحرمة بما ينطلق عليه اسم الرضاع
		رأي الشافعي أن حرمة الرضاع لا تحصل إلا بخمس رضعات، ومعتمده في
٣٤٧	ذلك حديث عائشة
		تفصيل القول في تعدد الرضعات: المرجع فيه، وكيف يحصل، وصور مختلفة
٣٤٩	وحكمها من حيث الاتحاد والتعدد
		فرع: إذا كان للرجل امرأتان، فأرضعتا مولوداً وتوالى الإرضاع بحيث لو فرض
٣٥٢		ذلك من امرأة واحدة لكان رضعة واحدة، فالمذهب أن ما صدر منهما رضعتان
٣٥٢	فصل: رضاع الكبير لا يحرم
		مقصود الفصل بيان انحصار أثر الرضاع في الحولين، وأن ما جرى لسالم
٣٥٣		وإرضاع سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة له وهو كبير رخصة في سالم وحده
٣٥٤	الحكم لو جرت الرضعات ووقع الشك في أنها هل بلغت خمساً أم لا
		والحكم لو أشكل الأمر فلم ندر أنها وقعت في الحولين، أو بعدهما، أو واحدة
٣٥٤	منها بعدهما

- فصل : في بيان المحل المعتبر الذي يشترط وصول اللبن إليه ٣٥٤
- فصل : الكلام في وصول اللبن إلى محل التغذية أو الجوف المعتبر بعد أن يلحقه التغيرات بامتداد الزمان ، أو الخلط ، أو الصنعة ٣٥٦
- مسألة : لبن البهائم لا تتعلق به حرمة الرضاع ٣٦١
- مسألة : لبن الميتة لا تتعلق به حرمة الرضاع خلافاً لأبي حنيفة ٣٦١
- فصل : في بيان الرضاع المفسد للنكاح ، وحكم الغرم فيه ٣٦٢
- هذا الفصل من مغمضات الكتاب ، وتصدير مسائله بأصلين : ٣٦٢
- الأصل الأول : يتعلق بالغرم ٣٦٢
- بيان ما تغرمه المرضعة إذا أفسدت نكاحاً قبل المسيس ٣٦٢
- ما تغرمه المرضعة إذا تسببت إلى إفساد النكاح بعد المسيس ٣٦٥
- الحكم لو كان الارتضاع من الصبية من غير إرضاع ، كأن تكون المرضعة نائمة ٣٦٧
- الحكم لو قطرت قطرة من اللبن من غير قصدٍ ، ووصلت إلى باطن الصبية من غير قصدٍ منها ٣٦٩
- الأصل الثاني : في اتصال المصاهرة بالرضاع ٣٧٠
- إذا اتصل الصهر بحرمة الرضاع ، تعلقت حرمة المصاهرة بما يجري ، ولا فرق بين أن يتفق ذلك قبل النكاح ، أو في دوامه ، أو بعد ارتفاعه ٣٧٠
- بيان هذا الأصل بالمسائل ٣٧٠
- نجز ما أَرادَه الإمام من تمهيد الأصلين ويخوض بعده في المسائل المنصوصة .. ٣٧٢
- فصل : ولو أرضعتها امرأة له كبيرة لم يصبها ... إلخ ٣٧٣
- بيان مقصود الفصل برسم الصورة ٣٧٣
- صورة : إذا كان تحته صغيرة وكبيرة ، فأرضعت الكبيرة الرضيعة ٣٧٣
- صورة أخرى : إذا كان تحته كبيرة وثلاث صغائر ، فأرضعتهن ٣٧٤
- صورة أخرى : إذا نكح أربع صغائر فجاءت أجنبية وأرضعتهن ٣٧٧
- صورة أخرى : إذا كان تحته أربع صغائر ، فجاءت ثلاث خالات للزوج من أب وأم ، وأرضعت كل واحدة منهن صغيرة ٣٧٨

- الحكم لو جاءت ثلاث عمات من أب وأم وأرضعن ثلاث صغائر، ثم جاءت أم
 ٣٧٩ أب الزوج وأرضعت الرابعة
- والحكم لو جاءت ثلاث خالات متفرقات وأرضعن ثلاث صغائر، ثم جاءت أم
 ٣٨٠ الأم وأرضعت الرابعة
- فصل: إذا نكح كبيرتين وصغيرتين، فأرضعت إحدى الكبيرتين الصغيرتين على
 ٣٨١ الترتيب، وكذلك فعلت الكبيرة الأخرى
- فصل: إذا نكح كبيرة وثلاث صغائر، وكان للكبيرة ثلاث بنات كبار فجئن
 ٣٨٣ وأرضعن الصغائر
- صور لابن الحداد في المغارم ٣٨٥
- فصل: إذا نكح صغيرة وكانت له خمس من أمهات الأولاد، أو خمس زوجات
 ٣٩٠ مطلقات ذوات ألبان منه، فأرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضة
- القول في المسألة إذا أرضعت الصغيرة خمس بنات للزوج ٣٩٢
- ٣٩٥ باب لبن الرجل والمرأة
- قال الشافعي: اللبن للرجل والمرأة كما الولد لهما ٣٩٥
- المذهب ثبوت حرمة اللبن في جانب الفحل، وانتشارها منه، والولد إذا كان
 يُعزى إلى الأم بالولادة، وينتسب إلى الأب، فاللبن الدارُّ عليه منسوب
 إليهما أيضاً ٣٩٥
- اللبن تبع النسب، ثم ينتشر انتشاره، فالولد المنفي عن صاحب اللبن فاللبن
 الحاصل بسببه منفي عنه، كولد الزنا ٣٩٥
- أما لبن المولود من وطء الشبهة فالصحيح أنه منسوب إلى الواطيء ٣٩٥
- القول في الولد المتردد بين الزوج والواطيء بالشبهة تردداً يقتضي الرجوع إلى
 ٣٩٦ القائف
- القول في الولد المنفي باللعان: إذا نفى الرجل ولداً باللعان، انتفى عنه اللبن
 الدار عليه أيضاً، فإن عاد فاستلحق الولد المنفي، لحقه الولد، ويلحقه
 اللبن أيضاً ٤٠٢

فصل : القول في امتداد اللبن في دروره والتحاقه بمن التحق به أول مرة ، وكيف

الحكم لو طرأ طارئ يوجب لبناً جديداً؟ ٤٠٣

٤٠٧ باب الشهادة في الرضاع

الرضاع يثبت بشهادة أربع نسوة عدول ٤٠٧

الكلام فيمن هو من أهل هذه الشهادة ٤٠٧

القول في تحمل الشهادة ٤٠٨

القول في كيفية الشهادة ٤٠٨

فصل : الشك في الرضاع ، أو في عدد الرضعات ٤١٠

الرضاع إذا كان مشكوكاً فيه أصلاً ، أو في تمام عدد الرضعات ، فلا يقع القضاء

بالحرمة ، ولكن يتأكد استحاث الشرع على التورّع ٤١٠

ما استدل به الشافعي على تأكيد الأمر بالتورّع ٤١١

لو أقر الزوجان بالرضاع ، ثبت ، وابتنى عليه فساد النكاح ، ولو رجعا عن

الإقرار ، لم يقبل رجوعهما ٤١١

القول في التداعي بين الزوجين في الرضاع نفياً وإثباتاً ٤١٢

٤١٤ باب رضاع الخنثى

لبن الرجل لا حكم له ٤١٤

ولبن المرأة التي لم تلد فيه وجهان ، والأظهر أن الحرمة تتعلق به ٤١٤

ولبن الصبية إن كانت على سن إمكان البلوغ كاللبن بعد البلوغ ٤١٤

أما الخنثى إذا نزل له اللبن : فإن بان كونه ذكراً أو أنثى فحكم اللبن على موجب

الأصول المقدمة ٤١٥

ولبن الخنثى المشكل مجرى على الإشكال ، فإن الحرمة لا تثبت مع التردد ... ٤١٥

٤١٧ كتاب النفقات

الأصل في الكتاب ٤١٧

الأسباب الموجبة للنفقة : الزوجية ، والقراة ، والملك ٤١٨

٤١٩	باب قدر النفقة من ثلاثة كتب
٤١٩	صدر الشافعي الكتاب بنفقة الزوجات ومؤنهن، والقول فيها يتعلق بفصول ...
٤١٩	الفصل الأول: القول في المقدار
٤١٩	ذهب أبو حنيفة إلى أن نفقة الزوجة لا تتقدر، وإنما الواجب كفايتها
	لم يعتبر الشافعي الكفاية، وتعلق بالتقدير بالطعام الشرعي، وفرق بين الموسع
٤٢٠	والمقتدر
٤٢٠	نفقة الزوجة على المعسر مدّ، وعلى الموسع مُدين، وعلى المتوسط مد ونصف
	فإن كانت المرأة مخدومة: فعلى المعسر والمتوسط مدّ للخادمة، وعلى
٤٢٠	الموسر مدّ وثلاث
	حكى الشيخ أبو محمد قولاً غريباً للشافعي مثل مذهب أبي حنيفة في أن الاعتبار
٤٢٠	بالكفاية
٤٢١	تفصيل من الإمام في مأخذ التقدير
٤٢٣	الكلام على المعسر ومعناه، والمتوسط، والموسر
٤٢٤	الفصل الثاني: الكلام في الجنس المخرج
٤٢٥	الفصل الثالث: الكلام في نفقة الخادمة
٤٢٥	تصدير ببيان مراتب النسوة التي تُخدم والتي لا تخدم
٤٢٦	إن كانت الزوجة مخدومة، فقد وجب على الزوج القيام بمؤونة الخادمة
٤٢٦	والمزني جعل المسألة على قولين، وخالفه معظم الأصحاب في إجراء القولين ..
٤٢٧	الحكم لو قالت المرأة: أنا أخدم نفسي فسلم إليّ نفقة الخادمة
٤٢٧	لو نكح الرجل أمةً وكانت تخدم، فهل يجب على الزوج نفقة الخادمة؟
	الحكم لو قال الزوج لزوجته المخدومة: أنا أخدمك بنفسي فلا تكلفيني نفقة
٤٢٧	الخادمة
٤٢٨	تعيين الخادمة في الابتداء إلى الزوج
٤٢٩	الحكم لو قام الزوج بالأشغال الظاهرة وترك الأمور الخفية على الخادمة
٤٣٠	الفصل الرابع: القول في الأدم

٤٣٠	الكلام على مقدار الأدم، وجنسه
٤٣٢	الكلام على أدم الخادمة
٤٣٢	الفصل الخامس: القول في كيفية صرف النفقة إلى الزوجة
٤٣٢	أجمع الفقهاء على أن الزوج يتعين عليه تمليك زوجته النفقة
٤٣٣	الحكم لو اعتاضت المرأة عن البرّ الثابت لها في ذمة الزوج دراهم
٤٣٤	الحكم لو رضيت بأن تأكل مع زوجها من غير إجراء تمليك وتملك واعتياض ..
٤٣٤	لو قدم الزوج لها نفقة أيام، فهل تملك ما زاد على نفقة يومها؟
٤٣٥	في أي وقت من اليوم تملك المرأة على زوجها نفقة كل يوم؟
	لو كانت مطيعة في بعض اليوم، ناشزة في بعضه، فهل تستحق النفقة لزمان
٤٣٦	الطاعة؟
٤٣٦	فصل: في الكسوة
٤٣٦	الكلام في قدر الكسوة التي تستحقها الزوجة على زوجها
٤٣٧	الكلام في جنس الكسوة
٤٣٨	الكلام في جهة الكسوة، وهل هي إمتاع أم تمليك؟
٤٣٩	مسائل ذكرها العراقيون في الكسوة
٤٤٠	القول في الشعار، والدثار، وما يفرش
٤٤١	القول في المسكن
٤٤٢	القول فيما تحتاجه الزوجة من آلة التنظيف والتزيّن كالمشط وغيره
٤٤٤	القول في ماعون الدار
٤٤٤	فصل: في نفقة المكاتب، والعبد القن، والمبعض
٤٤٦	باب الحال التي تجب فيها النفقة
	موجبات النفقة: النكاح، والقراية، وملك اليمين، وغرض الفصل القول في
٤٤٦	موجب النفقة في النكاح
٤٤٦	النفقة في النكاح هل تجب بالعقد أم بالتمكين؟ قولان
٤٤٧	يتبين القولان بشيئين

- ٤٤٨ القول في نفقة الصغيرة المنكوحة
- ٤٤٩ هل تجب النفقة على الزوج الصغير
- فصل: في التمكين ومعناه والنشوز المسقط للنفقة، والأسباب المانعة من
- ٤٥٠ الاستمتاع التي تجب النفقة معها
- ٤٥٠ القول في التمكين ومعناه
- ٤٥١ القول في النشوز المسقط للنفقة
- ٤٥٢ القول في الأسباب المانعة من الاستمتاع، وحكم النفقة معها
- ٤٥٢ القول في إحرام المرأة: إذا أحرمت بإذن الزوج
- ٤٥٣ إذا أحرمت بغير إذنه
- ٤٥٤ القول في صيام المرأة: صوم رمضان
- ٤٥٥ صوم التطوع، وصوم النذر
- هل للزوج منع زوجته من البدار إلى الصلاة أول الوقت، ومن إقامة رواتب
- ٤٥٦ السنن؟
- ٤٥٦ وهل يمنعها من صوم يوم عرفة وعاشوراء؟ أو صوم الاثنين والخميس؟
- فرع: إذا فارقت مسكن النكاح ناشزة سقطت نفقتها، فإن عادت واستمرت على
- ٤٥٦ الطاعة، فهل تعود نفقتها؟
- فصل: استقرار النفقة لا يتوقف على فرض القاضي، فلو مرت الأيام والنفقة
- ٤٥٨ منقطعة، تصير وظائف تلك الأيام ديناً
- ٤٥٨ إذا اختلفا فأنكرت المرأة قبض النفقة، وادعى الزوج تسليمها فالقول قول المرأة
- القول في نفقة الكافرة إذا تخلفت عن إسلام الزوج، ثم أسلمت في العدة، وقد
- ٤٥٨ مضى ذلك مستقصى في نكاح المشركات
- ٤٥٩ باب الرجل لا يجد النفقة
- إذا أعسر الرجل بنفقة امرأته، وتحقق ذلك، فهل يثبت للمرأة حق رفع النكاح؟
- ٤٥٩ قولان، وتوجيههما

وللباب أربعة فصول: الفصل الأول: تفصيل القول في معنى التعذر الذي يناط

- ٤٥٩ به حق الرفع
- ٤٦١ الفصل الثاني: القول فيما يتعلق حق الرفع بتعذره
- ٤٦١ القول في تعذر القوت
- ٤٦١ القول في الإعسار بالصدّاق
- ٤٦٢ القول في الإعسار بأقل النفقة
- ٤٦٣ القول في الإعسار بالأدم
- ٤٦٣ القول في تعذر الكسوة والمسكن
- ٤٦٤ القول في الإعسار بنفقة الخادمة
- ٤٦٤ الفصل الثالث: الكلام في رفع العقد وجهته
- ٤٦٥ القول في ماهية الرفع، ومن يرفع؟
- رفع النكاح بسبب الإعسار بالنفقة هل هو فسخ أم طلاق؟ قولان والظاهر أنه
- ٤٦٥ فسخ
- ٤٦٦ تفصيل القول فيمن يرفع تفريعاً على أن الرفع طريقه الفسخ
- ٤٦٦ التفريع على أن الرفع طريقه الطلاق
- ٤٦٧ القول في وقت الرفع
- من ثبت إعساره، هل يُمهّل أم يثبت حق الرفع من غير إمهال؟ قولان: أحدهما
- ٤٦٧ - لا إمهال، والثاني - يمهل ثلاثة أيام (وهو الأظهر)
- ٤٦٧ التفريع على ترك الإمهال
- ٤٧٠ التفريع على الإمهال ثلاثة أيام بلياليها
- ٤٧٥ الفصل الرابع: الكلام فيمن يثبت له حق الطلب
- ٤٧٥ غرض الفصل بيان من إليه حق الطلب حتى ينتهي إلى الفسخ أو إلى الطلاق
- ٤٨٠ فرع: الحكم لو أعسر السيد بنفقة أم ولده
- فرع: النفقة المتعلقة برقة الزوج المملوك إذا أعياه تحصيلها من الكسب، فهل
- ٤٨٠ يفضي إعساره إلى الفسخ؟

٤٨١	فصل : إذا أعسر الزوج بالنفقة، فهل للمرأة أن تخرج وتكتسب؟
٤٨٢	باب نفقة التي لا يملك زوجها رجعتها
	مضمون الباب الكلام في نفقة المعتدات، والمعتدة لا تخلو: إما أن تكون
٤٨٢	رجعية، وإما أن تكون بائة
٤٨٢	الكلام في نفقة المعتدة الرجعية
٤٨٤	الكلام في نفقة المعتدة البائة
٤٨٥	القول في نفقتها لو كانت حائلاً
	القول في نفقتها إن كانت حاملاً: وهي إما أن تكون بينونتها بسبب الطلاق،
٤٨٥	وإما بالفسخ
	إن كانت بينونتها بسبب الطلاق، فلا خلاف في أنها تستحق النفقة، وهل النفقة
٤٨٥	تجب للحمل، أم للحامل؟ قولان، وتوجيههما
٤٨٦	المسائل التي فرعها الأصحاب على هذين القولين
٤٩١	الإمام ينعطف على تلك المسائل بالمباحثة، ويذكر مسلكين
٤٩١	أحدهما - في ضبط المسائل وترتيبها بعقد جامع
٤٩٢	والآخر - في تتبع العلل وحل ما يشكل
	تفصيل القول في قاعدة في الباب تلتحق بالأصول، وتقع تنمة لها: إذا أوجبنا
	النفقة للحامل، فهل نوجب تعجيل النفقة إذا ظهرت أمارات الحمل؟
٤٩٥	قولان، وتوجيههما
٤٩٧	التفريع على القولين
٤٩٧	التفريع على قول إيجاب تعجيل النفقة
٤٩٨	التفريع على قول عدم إيجاب التعجيل، والتوقف إلى أن تضع المزاة الحمل ...
٥٠٥	فصل : «ولو كان يملك الرجعة، فلم تقر بثلاث حيض... إلخ»
	هذا الفصل يرى الإمام أن المزني تخبط في فهمه، ثم في الاعتراض عليه،
٥٠٥	والإمام يذكره، ويبين وجه الصواب فيه
٥٠٥	تصوير المسألة، وبيان فقه الفصل ومراد الشافعي

- اعتراض المزني وما فهمه من المسألة، ورأي الإمام في هذا الاعتراض ٥٠٦
- فرع: إذا مات الزوج في أثناء عدة المطلقة البائنة الحامل، فإنها تستكمل عدة الطلاق ولا تنتقل إلى عدة الوفاة، وهل تسقط النفقة في بقية العدة؟ ٥٠٧
- فرع: إذا وضعت المرأة حملها، وكان الزوج طلقاً رجعيّاً، فاختلفا في تاريخ الطلاق، فللمسألة صورتان متعارضتان ٥٠٨
- فرع: إذا نكح نكاحاً فاسداً على ظن الصحة، ثم تبين الفساد، فهل له الرجوع فيما أخرجه في نفقة المرأة؟ ٥٠٨
- فصل: فيه طرف من القول فيمن يرجع بما ينفق، وفيمن لا يرجع، والمسألة هاهنا في المشتري لو وهب الدلال شيئاً على اعتقاد أنه يستحق عليه شيئاً، فإذا بان خلاف ما يعتقد، فله الرجوع فيما وهبه ٥٠٩
- باب النفقة على الأقارب ٥١١
- الأصل فيها ٥١١
- النفقة للقرابة تستحق بالعضية، ولا نظر إلى اختلاف الدين ٥١١
- أبو حنيفة جعل الاستحقاق بالمحرمة ولم يخصصه بالعضية ٥١٢
- القول في نفقة الابن الصغير: يشترط في استحقاق النفقة أن يكون معسراً، ولا يشترط أن يكون عاجزاً عن الكسب ٥١٢
- وهل يشترط في الابن البالغ ألا يكون كسوباً؟ قولان ٥١٣
- التفريع عليهما ٥١٤
- إذا كان الولد موسراً والأب معسراً، فهل يشترط ألا يكون كسوباً؟ طريقان للأصحاب ٥١٤
- نفقة القريب مبناها على الكفاية، وليست متقدرة، ولا يشترط التملك فيها ... ٥١٥
- إذا مضت أيام لم يتم الإنفاق فيها، فالنفقة تسقط ولا تصير ديناً، بخلاف نفقة الزوجية ٥١٦
- أما نفقة الولد الصغير، ففي سقوطها وجهان ذكرهما الشيخ أبو علي ٥١٦

- إذا منع الأب النفقة عن ابنه، فهل للأم أخذ النفقة من مال الأب دون إذنه؟
 ٥١٧ وجهان
- والحكم لو لم تجد لزوجها مالاً واستقرضت عليه ٥١٨
- والحكم لو أنفقت من مال نفسها ٥١٩
- والحكم لو كان للولد مال فأرادت الإنفاق عليه من ماله ٥١٩
- والحكم لو كانت متمكنة من طلب نفقة الولد من الزوج وتحصيلها، فأرادت
 الأخذ من مال الزوج دون إذنه ٥٢٠
- تفصيل القول في الذين يستحقون النفقة بالبعضية فيما يتعلق بالاستبداد
 بالاستقراض ٥٢٠
- إذا لم ينفق على القريب الذي تجب نفقته، فإن كان يملك عقاراً، فهو مبيع على
 قدر الحاجة في نفقة من يجب نفقته ٥٢١
- فإذا لم يملك شيئاً يباع، فهل يجب عليه أن يكتسب ليحصل قوت نفسه وقوت
 قريبه؟ ٥٢١
- هل يحرم السؤال مع القدرة على الكسب ٥٢١
- لا تجب النفقة على البعيد مع وجود القريب الموسر ٥٢٢
- فإن كان الأب الموسر غائباً والجد حاضراً، فهل يجب عليه الإنفاق؟ وإن أنفق
 فهل له الرجوع على الأب؟ ٥٢٣
- فرع: لو كان الأب كسوباً، فهل يجب على الابن الموسر أن يعفّه؟ ٥٢٣
- فرع: ولو كان للأب زوجتان، فهل يجب على الابن الموسر أن ينفق عليهما ٥٢٤
- فصل: يشتمل على اجتماع الأقارب أصحاب البعضية وهم موسرون، ولهم
 قريب معسر على شرائط استحقاق النفقة، فمن الذي يقدم بالتزام النفقة؟
 وكيف طريق التقديم لمن يلتزم؟ ٥٢٤
- الكلام في المسألة عند اجتماع الأولاد الموسرين ٥٢٤
- القول في اجتماع الأصول الموسرين ٥٢٨
- القول في المسألة عند اجتماع الأصول والأولاد الموسرين ٥٣٤

- فصل : في اجتماع من يستحق النفقة مع ضيق النفقة عن جميعهم ٥٣٦
- إذا فضل عن قوت الرجل في يومه كفايةً شخص مثلاً، وازدحم عليه الأهل،
والمولودون، والأصول، فمن الذي يُقدّم؟ ٥٣٦
- تفصيل القول في اجتماع أصحاب البعضية وهم مستحقون للنفقة ٥٣٧
- الفرق بين اجتماع أصحاب البعضية وهم مستحقون، وازدحامهم وهم ملتزمون . ٥٣٧
- فصل : في أجره الرضاع ٥٣٩
- إذا ولدت المرأة ولداً، ولم تكن مشغولة بحق الزوج لبينونة، فإن طلبت
إرضاعه، فهي أولى إن كانت متبرعة ٥٣٩
- الحكم لو طلبت أجره ٥٣٩
- إن لم توجد مرضعة سوى الأم، تعيّن عليها الإرضاع بالأجر ٥٤٠
- وإن لم توجد إلا أجنبية، وجب عليها الإرضاع لأنه من فروض الكفايات ٥٤٠
- وإن وجدت أجنبية، فلا يجب على الأم الإرضاع، ولكن يلزمها أن ترضعه اللبأ . ٥٤٠
- القول في الإرضاع لو كانت الأم مشغولة بحق الزوج ٥٤١
- باب أي الوالدين أحق بالولد [الحضانة]** ٥٤٢
- هذا الباب يتعلق بالحضانة وأحكامها، لكن الإمام لم يسمه (كتاب الحضانة)
التزاماً منه بترتيب المختصر ٥٤٢
- تعريف الحضانة ٥٤٢
- الأم أولى بحق الحضانة قبل بلوغ الصبي مبلغ التمييز ٥٤٢
- الأوصاف التي تستحق بها الأم الحضانة خمسة: الحرية، والعقل، والأمانة،
والفراغ، والإسلام إذا كان الولد مسلماً ٥٤٢
- القول في الفراغ ٥٤٣
- القول في الإسلام ٥٤٤
- إذا صار الصبي مميزاً، خيّر بين الأب والأم، وسلم إلى من يختاره ٥٤٥
- ولا فرق بين أن يكون غلاماً أو جارية، خلافاً لأبي حنيفة ٥٤٥
- معتمد الشافعي الخبر والأثر ٥٤٦

٥٤٦	الحكم لو اختار أحد الأبوين، ثم رجع واختار الثاني
٥٤٧	الحكم لو كان بالصبي خبل
٥٤٧	إذا بلغ رشيداً - وهو ذكر - فقد استقل بنفسه
٥٤٧	تفصيل القول في البنت إذا بلغت
٥٥٠	فصل: القول في حق الحضانة إذا أراد الأب أن يسافر سفر النقلة
٥٥١	الحكم إن كان السفر سفر تجارة أو نزهة
	فصل: إذا كان الولد مضموماً إلى الأم، فحق على الأب ألا يكله إليها فيما لا
٥٥١	تستقل فيه برعاية مصلحة المولود
٥٥١	ولو ضم الولد إلى الأب عند الاختيار، فلا يجوز قطع الأم عنه
٥٥٢	فصل: ألحق الفقهاء حق الحضانة بالولايات
٥٥٣	فصل: في التزاحم والتدافع
	غرض الفصل الكلام فيمن يكون أولى بالحضانة إذا فرض اجتماع أصحاب
٥٥٣	الحقوق، والكلام يتعلق بنوعين
٥٥٣	النوع الأول: التنازع في طلب الحضانة، ويشتمل على ثلاثة فصول
٥٥٣	أحدها: في اجتماع النسوة المنفردات
٥٦١	الثاني: في اجتماع الرجال المنفردين
٥٦٢	الثالث: في اجتماع الرجال والنساء
٥٦٦	النوع الثاني: الكلام في التدافع
٥٦٧	فرع: لو فرضنا أباً، وأماً، وأم أم، ثم جُنت الأم، أو فسقت، أو امتنعت
٥٦٨	فصل: لا حق في الحضانة لمن لم يكْمُل في الحرية
٥٧٠	باب نفقة المماليك
٥٧٠	حكمها، والأصل فيها
٥٧٠	القول في الكسوة، وهل تختلف في جنسها باختلاف أقدار المماليك
	كلام الشافعي على حديث لرسول الله ﷺ ظاهره يدل على أنه يجب على السيد
٥٧١	أن يسوي بين نفسه وبين عبده في الملبس والمطعم

الكلام على الحديث المشتمل على إجلال السيد عبده معه وإطعامه لقمة مروّغة	٥٧٢
فصل: وليس له أن يسترضع الأمة غير ولدها	٥٧٣
القول في فطام الولد قبل الحولين	٥٧٤
فصل: في ضرب الخراج على المملوك	٥٧٥
باب نفقة الدواب	
ذوات الأرواح محترمة، وحق على مالکها أن يقيها الرّدى إلا في الوجوه	٥٧٦
المستباحة المستثناة شرعاً	٥٧٦
ويجب القيام بكفائتها في العلف والسقي، وإذا أجذبت الأرض، وجب عليه	٥٧٦
علف السائمة	٥٧٦
المسافر يقدم حاجة الدابة إلى الماء على الوضوء، فيتيمم	٥٧٦
يجوز غصب العلف للدابة الموفية على الهلاك	٥٧٦
إذا ظهر للقاضي إضرار مالك الدواب بها، كلّفه القيام بكفائتها، أو بيعها	٥٧٧
قائمة بالألفاظ التي تعذر قراءتها	٥٧٩
محتوى الكتاب	٥٨٣